aus Scarlowes

DIE KONZERNVERRECHNUNGSKLAUSEL, EIN SKONTRATIONSVERTRAG

Friedrich Adalbert Brych

München

1969

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität des Saarlandes

Die

Konzernverrechnungsklausel,
ein Skontrationsvertrag

vorgelegt

von

Friedrich Adalbert Brych

aus

München

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. H. Zacher

1. Referent: Professor Dr. W. Wegener

2. Referent: Professor Dr. J. Wolany

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Januar 1969

Fotodruck: Mikrokopie GmbH, 8 München 22, Bruderstraße 9

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
Hauptteil	
Konstruktion der Konzernverrechnungsklausel (KVK)	12
1. Voraussetzungen der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten (1. Variante der KVK), durch	12
a) Abtretung	14
b) Vollmacht	15
c) Einziehungsermächtigung	15
aa) Trägt der § 185 BGB die Einziehungsermächtigung?	19
bb) Rechtfertigt die geschichtliche Entwicklung der Forderungsabtretung das Institut der Einziehungsermächtigung?	29
d) Die Ermächtigung zur Aufrechnung	33
2. Voraussetzungen der Tilgung der Schuld eines Dritten durch Aufrechnung (2. Variante der KVK)	43
3. Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten bzw. gegen die Schuld eines Dritten - vertraglich vereinbart	
a) Grenzen der Vertragsfreiheit	44
b) Der Aufrechnungsvertrag	47
aa) Definition des Begriffes "Aufrechnungsvertrag" und Subsumtion der KVK	49
bb) Abschluß und Vollzug der KVK (1. Variante)	55
cc) Abschluß und Vollzug der KVK (2. Variante)	57
dd) Die verschiedenen Arten des Abschlusses der KVK - vornehmlich durch Aufnahme in die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	57

Seite

aaa) Widersprechen AGB der Vertragsfreiheit? 59

bbb) Bewertung sich widersprechender AGB 62

ccc) Korrektur von AGB durch die Rechtsprechung 64

ee) Ist die KVK ein Knebelungsvertrag? 69

4. Der Begriff des Konzerns 72

a) Der Konzern im engeren Sinne 73

aa) Rechtliche Selbständigkeit 73

bb) Das Unternehmen 74

cc) Das Verhältnis der Unternehmen zueinander 76

dd) Einheitliche Leitung 78

b) Der Konzern im weiteren Sinne 79

c) Scheitert die Gültigkeit der KVK (1. Variante) daran, daß ungewiß ist, mit welcher Forderung - eventuell - aufgerechnet wird? 80

d) Scheitert die Gültigkeit der KVK (2. Variante) daran, daß ungewiß ist, gegen welche dem Gläubiger zustehende Forderung - eventuell - aufgerechnet wird? 84

e) Wirkung der KVK im Konkursfalle 85

5. Die KVK als Skontrationsvertrag

a) Rechtliche Natur der Skontration 94

b) Wirkung der Skontration im Konkursfalle 107

c) Ist die KVK nur für den Konkursfall vereinbart und deswegen sittenwidrig? 115

Schluß 121

Schrifttum

Abrahamson, W. Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 343

Anschütz, Das Institut der Zahlwoche auf den französischen Messen im Anfange des XIII. Jahrhunderts, ZHR 17, 108-109

Arndt, Erich, Über den Aufrechnungsvertrag des bürgerlichen Rechts in Theorie und Praxis, Diss. Halle 1911

Bähr, Otto, Zur Cessionslehre, Jher.Jb.1, 351-502

Bandasch-Böckel-Henseler, Kommentar zum HGB, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1960

Baumbach-Duden, Kommentar zum HGB, 17. Aufl., München-Berlin 1966

Baumbach-Hueck, Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968

Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, Berlin-Frankfurt 1964
Der unbestimmte Gläubiger, Tübingen 1954

v. Blume, Wilhelm, Novation, Delegation und Schuldübertragung - Abhandlung aus dem römischen Recht, Göttingen 1895

Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 8. Aufl., München-Berlin 1966

Börner, Bodo, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, 1505-1509

Bovensiepen, Rudolf, Analogie und "per argumentum e contrario" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Erster Band, Berlin-Leipzig 1926

v. Caemmerer, Ernst, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 53, 97-100

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handeslrechts,
6. Aufl., Stuttgart 1903
12. Aufl., Stuttgart 1930

Dempewolf, Günter, NJW 1959, 1533-35

Dernburg, Heinrich, Die Schuldverhältnisse, Erste Abteilung
4. Aufl., Halle/S. 1909
Geschichte und Theorie der Kompensation,
2. Aufl., Aalen 1965

Dreyfus, Max, Die Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch,
München 1911

Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen,
DJZ 1904, 53-56
Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Gruch 48, 465-470

Ehrenberg, Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechts,
Allgemeine Einleitung, Erster Band, Leipzig 1913,
Vierter Band, I. Abteilung, Leipzig 1917

Eltzbacher, Paul, Deutsches Handelsrecht, Berlin 1924

Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Neunte Auflage, Berlin 1903

Endemann, Wilhelm, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 3. Band, Abschnitt 3-12, Leipzig 1885

Endemann, Wolfgang, Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht, Marburg 1959

Engelmann, Woldemar, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, Leipzig 1939

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung, Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.u.2. Halbband, 15. Bearbeitung, Tübingen 1959, 1960

Erman, Walter, Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, Vortrag, Karlsruhe 1960
Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, BB 1959, 1109-1113

Erman-Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 4. Aufl., Münster 1967

Esser, Josef, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960

Fikentscher, Wolfgang, Das Schuldrecht, Berlin 1965

Fischer, Norbert, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1959, 366-369
Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, Diss. Münster 1956

Fischer, Robert, Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 1957, 481-487

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Berlin-Heidelberg 1965
Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 841-850

Gai, Institutiones, Ed. M. David, Leiden 1948

Gareis, Karl, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909

Gehrels, Hans, Die Reform der Sicherungsübereignung, ihre Gründe und ihr Ziel, Diss. Tübingen 1932

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, Leipzig 1917

v. Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1967

Goldschmidt, L. Handbuch des Handelsrechts, Erster Band, Erste Abteilung, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891
Erster Band, Zweite Abteilung, Erlangen 1868
Die Geschäftsoperationen auf den Messen der Champagne, ZHR 40,1

Grünhut, C.S., Wechselrecht, Erster Band, Leipzig 1897

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929/58

Hellmann, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907

Herling, Karl, Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, Leipzig 1932

Heuer, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 28-29

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes, 9. Aufl., Jena 1914

Hilker, Arthur, Die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurs des Schuldners, Diss. Köln, 1906

Hirsch, Hans Christoph, Die Übertragung der Rechtsausübung, Erster Teil, Berlin 1910

Hoffmann, F., Die Rechtsnatur der Abrechnungsstelle im Skontrationsverfahren, ZHR 65, 337-351

Jhering, Rudolf, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jher. Jb. 2, 67-180

Jaeger-Lent, Konkursordnung, Erster Band, 8. Aufl., Berlin 1958

Kegel, Gerhard, Probleme der Aufrechnung, Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt, Berlin-Leipzig 1938

Kleinschmidt, Theodor, Vertragsmäßige Erweiterungen und Beschränkungen des Aufrechnungsrechts, Diss. Göttingen 1930

Klug, Ulrich, Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958

Koch, R., Abrechnungsstellen (Clearing-Häuser) in Deutschland und deren Vorgänger, ZHR 29, 59-109

Köhler, Otto-Adolf, Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage? Diss. Mainz, 1953

Kötter, Hans-Wilhelm, Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredits, Frankfurt/Main 1960

Kohler, J., Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 24, 1-49

Kopfstein, Felix, Der Einfluß des Konkurses auf eine bestehende Kontokorrentverbindung, ZHR 77,78-92

Krause, Hermann, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955, 265-269

Kretzschmar, Ferdinand, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1906

Kropff, Bruno, Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfes, Düsseldorf 1965

Kropff, Bruno, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, 1281-1289

Kuhlenbeck, Ludwig, Der Check, Leipzig 1890

Kunick, Heinrich, Die Einschränkungen der Aufrechnung und der Konfusion im Konkurs, Diss. Berlin, 1926

Lange, Heinrich, Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1950, 565-570

Langheineken, P., Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I.u.II. Band, 7. Aufl., München-Berlin 1964,1965
Vertrag und Unrecht, Erster Teil, Hamburg 1936

Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl., Berlin 1963,
Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, Stuttgart 1937
JW 1934, 473

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912

Lent, Friedrich, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Leipzig 1907

Leo, Hans-Christoph, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, AG 1965, 352-359

Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929
Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, BürgA 21, 171-223

Löbl, Rudolf, Geltendmachung fremder Forderungen im eigenen Namen, AcP 129, 257-339

Ludewig, Wilhelm, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Diss. Marburg, 1922

Lukes, Rudolf, § 315 als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897-1901

Materialien, Die gesammelten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881

Meeske, Helmut, Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959, 857-864

Mentzel-Kuhn, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin-Frankfurt, 7. Aufl., 1962

Mittermaier, Carl Josef Anton, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Zweiter Band, 7. Aufl., Regensburg 1847

Möhring, Philipp, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindung im neuen Aktiengesetz, NJW 1967, 1-10

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin 1896

Mückenberger, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1958, 1753-1756

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2.u.3.Aufl., Tübingen 1928

Neuhaus, Gustav, Die Skontration; ihre historische Entwicklung, juristische Natur und volkswirtschaftliche Bedeutung, Diss. Erlangen, 1892

Oertmann, Paul, Aufrechnung und Anweisung, Recht 1905, 33-36
Die rechtliche Natur der Aufrechnung, AcP 113, 376-428
JW 1928,2563-2564

Oetker, Friedrich, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Band I, Stuttgart 1891

Palandt-Danckelmann, Kommentar zum BGB, 26. Aufl., München-Berlin 1967

Pfeiffer, Norbert und Franken, Paul, Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungsklauseln, NJW 1960, 1977-1981

Philipp, Hans-Jürgen, Die künftige Forderung als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Diss. Hamburg, 1965

Prausnitz, Otto, Die Geschichte der Forderungsverrechnung (Aufrechnung, Kontokorrent, Skontration), Diss. Marburg, 1928

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin 1897

Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Homburg v.d.H. 1961

Rasch, Harold, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Berlin 1966

Rehbein, H., Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1903

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, I. Band, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB, III. Band 2. Aufl., Berlin 1963

Rosenberg, Leo, Der Verzug des Gläubigers, Jher.Jb. 43, 141-298

Rosenthal-Bohnenberg, Kommentar zum BGB, 15. Aufl., Berlin-Köln 1965

Schantz, Arno, Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch? Frankfurt/Main 1937

Schaudwet, Manfred, Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Berlin 1967

Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 3. Band, 4. Aufl., Berlin-Frankfurt 1965

Scholz, Hellmut, Das Recht der Kreditsicherung, 3. Aufl., Berlin 1965

Schütz, Wilhelm, Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Ausgabe, Berlin 1962
Die Konzernverrechnungsklausel, DR 1941, 1519-1520

Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band II, Heidelberg 1965

Siber, Heinrich, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931

Siebert, Wolfgang, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933

Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch,
Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Stuttgart 1967
Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl.,
Stuttgart 1959
Sachenrecht, 9. Aufl., Stuttgart 1960

Sohm, Rudolph, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 15. Aufl., München-Leipzig 1917

Stammler, Rudolf, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897

Staudingers Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil,
11. Aufl., Berlin 1957
II. Band, Teil 1, Recht der Schuldverhältnisse,
9. Aufl., Berlin 1930
II. Band, Teil 1b, § 242, 11. Aufl., Berlin 1961

Stölzel, Adolf, Schulung für die civilistische Praxis, Zweiter Teil, 3. Aufl., Berlin 1902

Straus, E., Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 342

Teschemacher, Emil, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Abrechnungsverkehrs bei den Abrechnungsstellen der Reichsbank, ZHR 67, 401-473

Thöl, Heinrich, Das Handelsrecht, Erster Band, Zweite Abteilung, 5. Aufl., Leipzig 1876

v.Tuhr, Andreas, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Berlin 1957

Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Börsengesetz, § 9, Skontration, ZHR 50, 434-437

Weigelin, Ernst, Das Recht zur Aufrechnung, Hannover 1904

Westermann, Harry, Interessenkollision und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Vortrag in Karlsruhe 1954

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt/Main 1906

Würdinger, Hans, Aktien- und Konzernrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1966

Zorn, Albrecht, Aufrechnungsverbote bei der gesetzlichen und vertraglichen Aufrechnung, Diss. Halle, 1944

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965
aM	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BB	Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
bes.	besonders
betr.	betreffend
bezügl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGB-RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung, (Band und Seite)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1958
BürgA	Archiv für Bürgerliches Recht (Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
desgl.	desgleichen

d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Spalte)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
ebenf.	ebenfalls
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6. September 1965
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
f	(eine) folgende
ff	(mehrere) folgende
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GenGes	Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHGes	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. Mai 1898
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, (Band und Seite)
HDR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
Jhdt.	Jahrhundert
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung vom 20. Mai 1898
KVK	Konzernverrechnungsklausel (beide Varianten)
KVK (1.Var.)	vgl. S. 8
KVK (2.Var.)	vgl. S. 8
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nummer der Entscheidung)
RegE	Regierungsentwurf zum Aktiengesetz und Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung, (Band und Seite)
Rdn.	Randnote
s.	siehe
s.o.	siehe oben
S.	Satz, Seite
stdge RSprchg	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
u.	und
u.a.	unter anderem
Übbl	Überblick
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
vorl.	vorliegende
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, (Jahr und Nummer)

WO	Wechselordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr und Seite)
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)

Einleitung

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die Erfahrungstatsache, daß ein Kreditgeber für seine gewährte Leistung Sicherheiten erhalten möchte oder nur unter dieser Voraussetzung zu leisten gewillt ist. Im Idealfall werden schon die persönlichen Eigenschaften des Kreditnehmers, seine Arbeitskraft, Erfahrung, Tüchtigkeit, Sparsamkeit und Zuverlässigkeit oder seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine genügende Sicherung des Kredits gegen die Gefahr der Insolvenz bieten, so daß keine Bedenken bestehen, den Kredit blanko zu geben. Allerdings gilt es hierbei zu berücksichtigen, daß dem Kreditgeber bei der Beurteilung der eben genannten Kriterien Irrtümer unterlaufen können, andererseits kann an einem nicht vorhersehbaren Umschwung auch das bestfundierte Unternehmen scheitern. Der Schutz des Kreditgebers gegen Verluste ist daher um so größer, seine Sicherung um so besser, je mehr er nach den besonderen Umständen des Falles annehmen kann, auch bei einer Änderung der Verhältnisse zum Schlechten den gewährten Kredit, sei es Waren- oder Geldkredit, ganz oder zum größten Teil zu retten.[1)]

Und damit ist auch schon eins der wesentlichsten diesbezüglichen Probleme angesprochen: nämlich der Zusammenstoß der Interessen desjenigen, der einen Geldkredit gewährt, mit den Interessen des Materialkreditgläubigers.[2)] Das vom Kreditnehmer erstellte Produkt ist nämlich zu einem nicht unbeträchtlichen Teil[3)] das Produkt aus dem meist unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Material und dem durch Kredit erhaltenen Geld, das dazu diente, den Verarbeitungsprozeß und

---

1) H. Scholz, Das Recht der Kreditsicherung, Berlin, 3. Aufl. 1965, S. 19.

2) H. Westermann, Interessenkollision und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954, S. 13.

3) Was der Unternehmer und der Arbeitnehmer mitgeschaffen haben, soll hier unbeachtet bleiben.

den Umsatz zu finanzieren; der Kredit floß also wertmäßig in das Sicherungsmittel ein.[4)]

Gerät nun der Schuldner in Vermögensverfall, trachten beide - Geldkreditgeber und Warenlieferant - sich an das Endprodukt zu halten, da das Geld verbraucht und der Eigentumsvorbehalt[5)] durch Verarbeitung untergegangen ist. Dieses Streben der beiden Arten von Gläubigern[6)] führte dazu, daß seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf dessen Grundlage immer neue Sicherungsklauseln entwickelt wurden, die dazu dienen sollten, dem einen der Gläubiger vor seinem Konkurrenten ein besseres Zugriffsrecht zu gewähren.

Auf diese Weise entstanden mannigfaltige Rechtsinstitute, die mit wechselndem Erfolg in die Praxis umzusetzen versucht wurden. Zu denken ist hierbei an die von den Banken verlangte Abtretung künftiger Forderungen, gegen die nach In-

---

4) W. Erman, Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, Karlsruhe 1960, S. 13.

5) In seiner ursprünglichen Form des "einfachen Eigentumsvorbehalts" (im Gegensatz zum erst später häufig vereinbarten "verlängerten Eigentumsvorbehalt", vgl. hierzu die S. 4 ff).

6) Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß diese beiden Arten von Gläubigergruppen - Geldkreditgeber und Warenlieferant - auch untereinander im Interessenwiderstreit stehen.

krafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches heftige Bedenken[7] bestanden, bis das RG[8] diese Frage ihrem heute noch gültigen Ergebnis zuführte,[9] indem es dieses Institut als dem geltenden Recht entsprechend anerkannte. Weitere Siche-

---

7) Vgl. u.a. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt/M., 8. Aufl.1906, § 335 S. 392; Heuer, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 28 f; Eccius, Zur Frage der Abtretung zukünftiger Forderungen, DJZ 1904, 53 f; ders., Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Gruch 48, 465 f; M. Dreyfus, Die Verfügung im BGB, München 1911, S. 94 (97 ff); P. Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903, S. 55; E. Straus, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 342.

8) RG in stdger RSprchg; zuerst in RGZ 55, 334 (aus dem Jahre 1903); BGH ebenfalls in stdger RSprchg, z.B. BGHZ 7, 365 (369).

9) Vgl. statt vieler: Palandt-Danckelmann, Kommentar zum BGB, 26. Aufl., München-Berlin 1967, § 398 Anm. 3 d; W. Flume, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 845 Anm. 24: "Die hM kann als absolut gesichert gelten". - Nachdem es um diese Rechtsfrage lange Zeit ruhig geblieben war, sind in neuerer Zeit gegen die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen - zumindest in bezug auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt - erneut Bedenken geäußert worden; vgl. u.a. H. Westermann, Interessenkollision, S. 21 ff; E.v.Caemmerer, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 1953, 97 f; N. Fischer, Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, Diss. Münster 1956, S. 41 ff; ders., Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1959, 366 f.

rungsvereinbarungen der Banken sind u.a. die Mantel-[10] und Globalzession.[11] Letztere wurde zwar vom BGH[12] für nichtig erklärt; dies hatte aber keineswegs zur Folge, daß sie nicht mehr vereinbart wurde. Man fand einen anderen Weg, sie zu formulieren und die vom BGH für sittenwidrig erachteten Faktoren auszuklammern.

Auf der anderen Seite stehen dem die immer weitergehenden Eigentumsvorbehalte der Warenlieferanten gegenüber.[13]

---

10) Das Wesen der Mantelzession besteht darin, daß der Bankkunde sich verpflichtet, der Bank Forderungen gegen Dritte abzutreten. Die Zession selbst erfolgt erst durch Einreichung von Rechnungsabschriften oder Listen, in denen die abzutretenden Forderungen aufgeführt sind; vgl. W. Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Ausgabe, Berlin 1962, S. 522.

11) Durch die Vereinbarung der Globalzession wird bewirkt, daß die künftigen Forderungen des Bankkunden im Zeitpunkt ihrer Entstehung sofort auf die Bank übergehen; die Globalzession stellt also eine Vorausabtretung dar, während die Mantelzession nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Bankkunden zur Abtretung beinhaltet; vgl. W. Schütz, Formularbuch, S. 519.

12) BGH NJW 1959, 1533 f; zu bemerken ist jedoch, daß der BGH in zwei späteren Urteilen - NJW 1960, 1003 f und NJW 1960, 1716 (1718) - von seiner zuerst genannten Entscheidung wieder etwas abrückte und die Globalzession nicht mehr als auf jeden Fall für nichtig hält.

13) Hierzu ist der Vollständigkeit halber zu bemerken, daß der Zweck des Eigentumsvorbehaltes zunächst auch nur unvollkommen erreicht wurde, da die §§ 932 ff BGB trotzdem die Möglichkeit offen ließen, daß auch unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Waren in das Sicherungseigentum eines anderen (gutgläubigen) Sicherungsnehmers fallen konnten. Doch wurde die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Eigentums- und Pfandrechten an unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren stark eingeschränkt, vgl. KG JW 1932, 63 f; RGZ 141, 129 (131), wonach mit Rücksicht auf die weitgehende Verbreitung des Eigentumsvorbehaltes Dritte die betreffenden Sachen nur dann gutgläubig erwerben können, wenn sie sich durch intensive Nachforschungen davon überzeugt haben, daß an diesen Gegenständen kein Eigentumsvorbehalt besteht.

Nachdem sich zunächst das RG,[14] allem Anschein nach aus mehr rechtspolitischen als rechtlichen Erwägungen gegen das Institut des verlängerten Eigentumsvorbehalts gestemmt hatte, wurde dieses schließlich vom BGH[15] doch anerkannt und gehört heute als kaum mehr angegriffene Vertragsklausel[16] zum festen Bestandteil des Wirtschaftslebens.

Im Gefolge des verlängerten Eigentumsvorbehalts wurde der erweiterte Eigentumsvorbehalt entwickelt und anerkannt;[17] mit ihm werden nicht nur Forderungen abgesichert, die aus dem Verkauf gerade dieser an den Schuldner gelieferten Ware entstanden, sondern jegliche, gegenwärtige und zukünftige Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner, aus welchem Rechtsgrunde auch immer sie entstanden sein mögen bzw. entstehen werden; denn der § 455 BGB, so führt das RG[18] aus, gibt mit seiner Bestimmung, daß die Übertragung des Eigentums im Zweifel mit der Bezahlung des Kaufpreises erfolge, nur eine Auslegungsregel für den Fall, daß der Übergang des Eigentums von der Bezahlung gerade der zu übereignenden Sache abhängig gemacht worden ist. Der § 455 BGB läßt damit also die Möglichkeit offen,

---

14) RG JW 1933, 2825 f; 1936, 313 f; 1937, 1961 (1962); 1939, 563 f; RG DR 1940, 581 (582 f).

15) BGHZ 7, 365 (368 f); 26, 185 (189); 26, 178 (182); auch das RG erkannte das Institut des verlängerten Eigentumsvorbehalts gelegentlich unter Anwendung strenger Maßstäbe an, vgl. z.B. RGZ 136, 100 (103).

16) Dagegen u.a. Mückenberger, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1958, 1753 ff und dort angeführte Urteile; N. Fischer, Eigentumsvorbehalt, NJW 1959, 366 f.

17) Auch als Kontokorrentvorbehalt bezeichnet; vgl. RGZ 147, 321 (325); BGH NJW 1958, 1231; ablehnend Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, München-Berlin, 7. Aufl. 1964, § 39 II 3.

18) RGZ 147, 321 (325) bezüglich der ursprünglichen Form des erweiterten Eigentumsvorbehalts: des Hinausschiebens des Eigentumsübergangs bis zur Tilgung sämtlicher Forderungen des einen Lieferanten.

den Erwerb des Eigentums auch an eine andere, mit dem Kauf gerade dieser Sache nicht in Zusammenhang stehende Bedingung zu knüpfen, wodurch auch der Konzernvorbehalt[19] seine rechtliche Grundlage erhielt: der Eigentumserwerb seitens des Abnehmers ist also an die Bedingung der Erfüllung sämtlicher Forderungen der dem Konzern des Lieferanten angehörenden Unternehmen geknüpft.[20]

Parallel zu der immer großzügiger werdenden Auffassung bezüglich der Bedingungen, denen zufolge der Eigentumsübergang eintreten sollte, wandelten sich auch die Ansichten über die Individualisierbarkeit des zu übereignenden Gutes. Während zu Beginn dieses Jahrhunderts noch umstritten war, ob vom Veräußerer erst noch zu erwerbendes Gut mittels Besitzkonstituts veräußert werden konnte,[21] was heute als allgemein anerkannt bezeichnet werden kann,[22] sind auch die Anforderungen an die Bestimmbarkeit der zu übereignenden Waren immer geringer geworden,[23] weil die

---

19) Die eben genannte RG-Entscheidung (vgl. Fußn.18) eröffnete die Möglichkeit der Vereinbarung des Konzernvorbehalts; vgl. auch BGH NJW 1964, 1788 (1790).

20) R.Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 2, Heidelberg 1965, S. 94.

21) = antizipiertes Besitzkonstitut; ablehnend z.B. F. Kretzschmar, Das Sachenrecht, Leipzig 1906, § 930 Anm. 6.

22) Vgl. statt vieler RGZ 135, 366 (367); BGHZ 21, 52 (56); Palandt-Hoche, Anm. 3 zu § 930.

23) BGHZ 28, 16: "Wird ein in vertraglich bestimmten Räumen befindliches Warenlager mit wechselndem Bestande, in dem sich unter Eigentumsvorbehalt gelieferte und im Eigentum des Sicherungsgebers stehende Gegenstände befinden, an einen Darlehensgeber in der Weise vollständig zur Sicherung übereignet, daß in erster Linie die Anwartschaft auf das Eigentum an dem Sicherungsgut übergehen soll und außerdem vereinbart wird, es solle das Eigentum an solchen Gegenständen als übertragen gelten, die bereits bei Vertragsschluß oder bei späterer Einbringung in das Lager im Eigentum des Sicherungsgebers standen, so ist die Einigung nicht mangels Bestimmtheit des Sicherungsgutes unwirksam." - Gegen BGHZ 21, 56 und die RG-Rechtsprechung. - Viel weiter wird man sich wahrlich kaum noch von dem nach deutscher Rechtsauffassung erforderlichen Prinzip der Kundbarmachung des Sachenrechts entfernen können.

wirtschaftlichen Bedürfnisse dies offensichtlich erfordern.[24]

So werden die Sicherungsklauseln immer weitgreifender, das durch sie Vereinbarte immer weniger überschaubar, und trotzdem - oder deswegen? - bleiben sie verletzbar; immer wieder gelingt es der einen der Gläubigergruppen - den Banken oder den Warenlieferanten - sich um ein kleines Stückchen besser abzusichern. Der Wettlauf zwischen Geldkreditgeber und Materialgläubiger geht durch die Entwicklung immer neuer Sicherungsklauseln beständig weiter, da das BGB offensichtlich den Bedürfnissen der Wirtschaft und des Handels auf dem Gebiet des Sicherungsrechts nicht ganz gerecht wird[25] und die Rechtsprechung dem nicht abhelfen konnte. Es sind schon mannigfaltige Versuche unternommen und Vorschläge gemacht worden, diesen Interessenstreit zu lösen[26] und Erman[27] trug erst kürzlich vor, man solle - was sehr gerecht erscheint - dem Waren- und dem Geldkreditgeber eine

---

24) BGHZ 28, 16 (25): "Da die Kapitaldecke der deutschen Wirtschaft nach der Währungsreform sehr schmal und sie auf Kredite dringend angewiesen ist, würde der Wegfall des Warenlagers als Kreditunterlage für viele Unternehmen schwerwiegende Folgen haben". - Trotz zunehmender Entfernung zu den Zeiten der Währungsreform erscheint es unwahrscheinlich, daß der BGH seine Rechtsprechung in bezug auf die Individualisierbarkeit der zu übereignenden Gegenstände ändert.

25) RGZ 147, 321 (325): "Der Eigentumsvorbehalt bildet im heutigen Wirtschaftsleben bis zu einer anderweitigen gesetzlichen Regelung ...".

26) Vgl. u.a. H. Lehmann, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, Stuttgart 1937; H. Westermann, Interessenkollision; H. Gehrels, Die Reform der Sicherungsübereignung, Diss. Tübingen 1932, S. 53 ff: er schlägt die Schaffung des anderen europäischen Rechten bekannten Registerpfandrechts vor; dies verlangt keine Besitzübertragung, jedoch Eintragung in ein öffentliches Register, wodurch dem Erfordernis der Publizität Genüge getan würde.

27) W. Erman, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, BB 1959, 1109 ff; ders., Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, S. 11 ff.

anteilige Forderung an dem Endprodukt zugestehen; dies ist jedoch vom BGH[28] strikt abgelehnt worden.

Aus diesen hier skizzierten Gründen bleibt nun den Kreditgebern nichts anderes übrig, als - aus durchaus zu billigendem Sicherungsinteresse - weiterhin durch Vertragsklauseln zu versuchen, sich vor Verlust zu schützen. Zu diesen Sicherungsabreden gehört u.a. die Konzernverrechnungsklausel;[29] sie hat in praxi folgende zwei Ausgestaltungen erfahren:

a) ein Konzern-Unternehmen bedingt sich aus, m i t der Forderung eines demselben Konzern[30] angehörigen Unternehmens aufzurechnen, oder

b) es wird vereinbart, daß das Konzern-Unternehmen befugt ist, g e g e n Forderungen aufzurechnen, die der Besteller gegen ein demselben Konzern angehöriges Unternehmen besitzt.[31]

---

28) BGHZ 32, 361 (364): "Er (der Senat) hält es auch nicht für möglich, bei mehrfacher Vorausabtretung den Konflikt zwischen dem Waren- und dem Geldkreditgläubiger dadurch zu lösen, daß jedem Gläubiger ein Teil der Forderung zugesprochen wird, wie dies E r m a n vorgeschlagen hat."

29) Im folgenden "KVK" abgekürzt.

30) Legaldefinition in § 18 AktG; wiewohl schon hier darauf hingewiesen werden soll, daß der Konzernbegriff des § 18 AktG keineswegs ausreicht, um alle Erscheinungen auf dem weiten Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen zu umreißen, sondern durch andere Begriffe ergänzt werden muß. Der Konzernbegriff des AktG ist ebenso wie der Begriff des verbundenen Unternehmens, §§ 15 ff AktG, nicht absolut, H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Berlin 1966, S. 332; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1967, Anm. 14 zu § 18: "Die Wirtschaft hat so viele Formen von Konzernen entwickelt, daß es unmöglich ist, alle im einzelnen im Gesetz zu definieren. Allenfalls wäre es möglich gewesen, das entscheidende Merkmal eines jeden Konzern, nämlich die einheitliche Leitung, gesetzgeberisch im einzelnen zu fixieren ...".

31) Dies ist der vom BGH in BB 1966, 719 angesprochene Fall.

Wie im Laufe der Arbeit noch dargelegt werden wird, hat diese Klausel für den Vertragspartner nachteilige Folgen - wie dies wohl bei jeder Sicherungsbestellung festzustellen ist, woraus aber in diesem Falle einige Autoren[32] den Schluß gezogen haben, daß die KVK aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen abgelehnt werden müßte.

Da bislang, soweit ersichtlich, die KVK als solche noch nicht Gegenstand eines Rechtsstreites[33] war und die Verhandlungen der Banken und der Industrie über ihre jeweiligen Sicherungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im

---

32) W. Schütz, Die Konzernverrechnungsklausel, DR 1941, 1519 f; H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., 1966, S. 184; A. Zorn, Aufrechnungsverbote bei der gesetzlichen und vertraglichen Aufrechnung, Diss. Halle 1944, S. 135 ff; N. Pfeiffer-P.Franken, Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungsklauseln, NJW 1960, 1977 ff; Staudinger, Kommentar zum BGB, II. Band, Teil 1 b, 11. Aufl., Berlin 1961, § 242 Anm. D 321, Weber verweist bezüglich der "Bedenklichkeit" der KVK auf A. Zorn; Erman-Westermann, Handkommentar zum BGB, Münster 1967, Anm. 2 vor § 387, Westermann hält die Wirkung der KVK im Konkurs für zweifelhaft und verweist auf W. Schütz; Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 387: "Die Konzernverrechnungsklausel kann als Knebelungsvertrag sittenwidrig sein oder Treu und Glauben widersprechen." - Erst seit der 26. Auflage, nach Erlaß obengenannter BGH-Entscheidung (BB 1966, 719), setzt Danckelmann dieser Kommentierung den Vermerk voraus, daß die KVK an sich nicht zu mißbilligen sei.

33) Die Entscheidung des BGH in BB 1966, 719 befaßt sich lediglich mit der Frage, ob die zur Kompensation erforderliche Aufrechnungserklärung abgegeben wurde. Der BGH geht in dieser Entscheidung offenbar von der Zulässigkeit der KVK aus, bemerkt jedoch zu diesem Fragenkreis lediglich, daß die KVK insbesondere im Falle der Zahlungseinstellung des Vertragspartners Bedeutung gewinne, da die Konzernunternehmen dann volle Befriedigung durch Aufrechnung erreichten; auf die Grundlagen dieser Kompensation wurde aber, da auch nicht darüber zu entscheiden war, nicht eingegangen.

Sande verliefen,[34] ist die KVK nach wie vor in den Lieferungsbedingungen der Industrie zu finden und wird möglicherweise durch die kürzlich stattgefundene Aktienrechtsreform erhöhte Bedeutung[35] erlangen, woraus die Berechtigung folgt, sich mit diesem Fragenkreis näher zu befassen.

Der Gang der Untersuchung wird sein, zunächst die rechtlichen Grundlagen der ersten Variante der KVK darzulegen: die Einziehung der Forderung eines Dritten, scheinbar eine Spielart der Einziehungsermächtigung.

---

34) Exakte Unterlagen über diese Verhandlungen, die darüber hinaus für die vorliegende Arbeit nur von nebengeordneter Bedeutung sind, waren leider nicht zu erhalten. Dieser oben dargelegte Schluß konnte aber aus einem betriebsinternen Rundschreiben einer deutschen Großbank aus dem Ende der 50-er Jahre gezogen werden, in dem u.a. folgendes gesagt wurde: "Ein Formular für Globalabtretungen wurde insbesondere auch deshalb bisher nicht geschaffen, weil mit den Spitzenverbänden der Industrie und des Handels Verhandlungen schwebten, die darauf abzielten, daß Industrie und Handel auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt in den Allgemeinen Lieferungsbedingungen und die Banken auf die Globalabtretungen verzichten sollten. Diese Verhandlungen zeigten jedoch kein positives Ergebnis."

35) Vgl. z.B. die §§ 321, 322 AktG, die die Haftung bzw. Sicherheitsleistung der Hauptgesellschaft bei der Eingliederung eines anderen Unternehmens für dessen Verbindlichkeiten vorsehen; § 302 Abs. 1 AktG bestimmt, daß Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge (§§ 291 Abs. 1 und 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG) u.U. die Verpflichtung zur Verlustübernahme nach sich ziehen; § 302 Abs. 2 AktG sieht dasselbe für Betriebsüberlassungs- oder -pachtverträge vor; § 347 Abs. 1 AktG bestimmt, daß den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft (bei Verschmelzung oder Vermögensübertragung, §§ 339 ff, 359 ff AktG) Sicherheit zu leisten ist, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können.
Diese Haftungs- bzw. Sicherheitsleistungspflichten bringen es aber mit sich, daß das Unternehmen, das ein anderes übernimmt, beherrscht usw., nach weiteren Möglichkeiten sucht, sich abzusichern, um im Konkursfalle des Gläubigers möglicherweise aufrechnen zu können.

Hierauf folgt die Untersuchung der zweiten Variante der KVK, der Aufrechnung gegen die Schuld eines Dritten.

Anschließend ist auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der KVK einzugehen und letztlich, ob sie geeignet ist, im Konkurs ein Kompensationsrecht zu gewähren.

Hauptteil

Konstruktion der Konzernverrechnungsklausel

Wie einleitend schon ausgeführt, ist die KVK in zwei Arten zu finden: in der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten und der Aufrechnung (mit der eigenen Forderung) gegen die Schuld eines Dritten. Die KVK beinhaltet also diese beiden Arten der "Drittverrechnung", welche zunächst in den Vordergrund der Arbeit gestellt werden; der leichteren Überschaubarkeit wegen sollen sie aber schon jetzt als Varianten der KVK bezeichnet werden.

1. Voraussetzungen der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten (1. Variante der KVK)

   Der Regelfall des § 387 BGB besteht darin, daß zwei Personen, die einander Leistungen schulden, ihre Forderungen gegeneinander aufrechnen. Bei der KVK ist aber derjenige, der aufrechnet, nicht auch Inhaber der Gegenforderung, sondern kompensiert mit einer Forderung, die einem Dritten, also dem "richtigen" Gläubiger gehört.

   Daß es an der Gegenseitigkeit fehlt, ist aber nichts Ungewöhnliches; dies ist z.B. dann der Fall, wenn gem. § 406 BGB gegen den Erwerber der dem bisherigen Gläubiger gehörenden Forderung aufgerechnet wird. Auch in ähnlich liegenden Fällen hat die Rechtsprechung die Kompensation für zulässig erklärt.[36)]

   Es gibt aber auch eine ganze Reihe von Fällen, in denen ein anderer als der ursprüngliche Gläubiger aufrechnet; zu denken ist hier zunächst an die Forderungsabtretung, die dem neuen Gläubiger die Kompensation gestattet,

---

36) BGHZ 10, 205 (211); BGHZ 2, 300 (306 ff), Aufrechnung gegen Forderungen von de facto-Reichsgesellschaften ("juristisch verselbständigte Erscheinungsform des Reiches") mit Forderungen gegen das Reich;
BGHZ 25, 360 (367), Aufrechnung gegen die Forderung des Treuhänders mit einer Forderung gegen den Treugeber.

§ 398 S. 2 BGB; das Gesetz kennt aber noch weitere solche Möglichkeiten.[37)]

Darüberhinaus billigt die Rechtsprechung sogar die Aufrechnung mit einer fremden Forderung, wenn der Kompensierende an der dem Gläubiger zustehenden Forderung ein Pfandrecht besitzt.[38)] Das RG stellte zur Begründung insbesondere heraus, daß, wenn der Gläubiger nach den §§ 1275, 406 BGB mit seiner Forderung gegen die Gegenforderung des Dritten aufrechnen könne - Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten -, auch der Schuldner das Recht zur Kompensation haben müsse - Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten.

Wie sich die Rechtslage beim Nießbrauch in diesem Fall gestaltet ist strittig.[39)]

Die eben aufgeführten Beispiele zeigen, daß es eine Reihe von Fällen gibt, in denen von der Voraussetzung der Gegenseitigkeit bei der Kompensation abgewichen wird. Bei der Behandlung dieses Problems ist zunächst von der all-

---

37) Vgl. §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1150, 1224, 1249 BGB, 35 b VVG; auch in Frankreich und Italien kann der Schuldner mit den Forderungen Dritter kompensieren, in den USA ist dies ebenfalls (zumindest teilweise) gestattet, G.Kegel, Probleme der Aufrechnung, Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt, Berlin-Leipzig 1938, S. 86 ff.

38) RGZ 58, 105 (108); 97, 35 (39); Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958, § 70 I 2; Palandt-Hoche Anm. 2a zu § 1282; Siebert-Augustin, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1960, Rdn. 3 zu § 1282; G. Kegel, Aufrechnung, S. 96 ff, allerdings mit anderer Begründung als das RG; aA Erman-Westermann, Anm. 4 zu § 1282; Larenz, Schuldrecht, § 27 III a 1, Fußn. 37.

39) Vgl. Siebert-Mühl Rdn. 3 zu § 1070 und dort angeführte Zitate; ausführlich G. Kegel, Aufrechnung S. 103 ff; § 1376 Ziff. 2 a.F. BGB gab dem Ehemann das Recht, anstelle seiner Frau die Aufrechnung zu erklären; im Gemeinen Recht konnte der Bürge mit der Gegenforderung des Schuldners kompensieren, Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 350, Anm. 6 (S. 490).

gemeinen Frage auszugehen, in welchen Fällen ein Schuldner mit der einem Dritten zustehenden Forderung gegen die Forderung seines Gläubigers aufrechnen kann.

a) Abtretung

Hierfür bietet sich zunächst die Abtretung an; dies bedeutet jedoch, daß der ursprüngliche Gläubiger seine Rechte verliert und nur e i n Rechtsträger in die Lage versetzt wird aufzurechnen.[40] Dieser an sich gangbare Weg führt jedoch nicht zu dem gewünschten Erfolg: es würde bedeuten, daß innerhalb eines Konzerns laufend Forderungszessionen vollzogen werden müßten, um demjenigen, der Schuldner eines Lieferanten geworden ist, durch Abtretung einer gegen diesen Lieferanten gerichteten Forderung auch zu dessen Gläubiger zu machen, also durch Zession die für die Aufrechnung grundsätzlich erforderliche Gegenseitigkeit herbeizuführen. Da es sich bei der KVK aber primär nicht darum handelt, Aufrechnungsmöglichkeiten herbeizuführen, sondern dem Konzern im Falle der Insolvenz des Lieferanten, der auch Schuldner ist, eine Sicherung zu bieten, würden die laufenden Forderungsabtretungen innerhalb eines Konzerns nur zu einer belastenden Arbeit werden und nur im Ausnahmefall, eben der Insolvenz des Schuldners, ihrem eigentlichen Zweck gerecht werden. Tritt dieser Fall nicht ein, müßte der jetzige Gläubiger aufrechnen oder aber, ohne von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen,[41] das Geld einziehen und dem Zedenten überweisen oder mit ihm auf andere Art ver-

---

40) Der Zessionar erhielte hierdurch (ebenso wie bei der Inkassozession) nach außen eine über den verfolgten Zweck hinausgehende Rechtsstellung, da er ja auch die Möglichkeit bekäme, nicht nur aufzurechnen, sondern auch in einer Weise über das Recht zu verfügen, die der mit dem Zedenten getroffenen Vereinbarung zuwiderliefe; vgl. R. Löbl, Geltendmachung fremder Forderungen im eigenen Namen, AcP 129, 257 (264 f). - In praxi dürfte dies jedoch innerhalb eines Konzerns kaum vorkommen, so daß dieser Gesichtspunkt für das vorliegende Thema außer Betracht bleiben kann.

41) Da seine Forderung nicht fällig ist; dies wiederum könnte vertraglich geregelt werden, soll hier aber außer Betracht bleiben.

rechnen, oder die Forderung müßte an den ursprünglichen Gläubiger rückübertragen werden. Da dieses Verfahren sehr umständlich ist, suchte man nach einer einfacher zu handhabenden Möglichkeit, dem konzernangehörigen Schuldner des Lieferanten das Aufrechnungsrecht zu geben.

Es sei hier auf die in der Einleitung erwähnten anderen Sicherungsinstitute wie Mantel- und Globalzession,[42] ferner auf die verschiedenen Arten der Eigentumsvorbehalte und der Sicherungsübereignung hingewiesen, die durch ein Minimum an arbeitsmäßigem Aufwand - häufig ist die vertragliche Vereinbarung ausreichend - ihren Zweck erfüllen.

b) Vollmacht

Auch die Vollmacht scheidet aus; denn würde der Schuldner als Bevollmächtigter des Forderungsinhabers die Aufrechnung erklären, so träten die Folgen dieser Verfügung[43] in der Person des Vollmachtgebers ein. Da dieser aber nicht Schuldner ist, somit Gegenseitigkeit fehlt, kann überhaupt keine Aufrechnung durchgeführt werden, die Aufrechnungserklärung ginge ins Leere. Die Rechtsfolgen der beabsichtigten Kompensation sollen aber gerade in der Person des Schuldners, der nicht Inhaber der gegen den Gläubiger gerichteten Forderung ist, eintreten. Es müßte sich also um eine Verfügung im eigenen Namen handeln.

c) Einziehungsermächtigung

Um dies zu erreichen - eine möglichst einfach zu handhabende Delegationsmöglichkeit der Aufrechnungsbefugnis - bietet sich das Institut der Einziehungsermächtigung in der speziellen Form der Ermächtigung zur Aufrechnung an, das

---

42) Vgl. S. 4, Fußn. 10 u. 11

43) Die Aufrechnung ist - zumindest unter anderem - auch eine Verfügung über die Forderung, da sie unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt; vgl. Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 387. Es ist hierfür unerheblich, welcher Aufrechnungstheorie man den Vorzug gibt; vgl. hierzu ausführlich weiter unten.

auf dem § 185 Abs. 1 BGB basiert, der bestimmt, daß eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, dann wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Rudolf v.Jhering[44] stellte als Erster die Ermächtigung zur Verfügung über fremde Rechte der Vollmacht gegenüber; seitdem sind beide Begriffe in Schrifttum und Rechtsprechung zu finden; die Begründungen für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung differieren jedoch erheblich, und eine nicht zu übersehende Zahl von Autoren[45] lehnt die Einziehungsermächtigung gänzlich ab, so daß eine eingehende Betrachtung dieses Problems geboten erscheint; insbesondere da die Rechtsprechung, wenn überhaupt, so nur eine äußerst knappe Begründung für die Einziehungsermächtigung gibt und sich mit den Gegenargumenten, soweit ersichtlich, nicht auseinandersetzt.

Auf der Seite derer, die die Einziehungsermächtigung bejahen, stehen sich das RG und ihm folgend der BGH mit der Ermächtigungstheorie und die Lehren Ludewigs und Löbls gegenüber.

Wenn im folgenden von Einziehungsermächtigung gesprochen wird, so wird dieser Terminus in seiner engeren und fast allgemein üblichen Bedeutung verwandt: Ermächtigung bedeutet die Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken. Im Gegensatz dazu steht der weitere Begriff der Ermächtigung, wie er z.B. von

---

44) v.Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jher. Jb. 2, 131 ff.

45) Vgl. u.a. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 92 2; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Berlin 1957, § 45 I, § 60 III Fußn. 68; O.-A. Köhler, Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage? Diss. Mainz, 1953; Palandt-Danckelmann, Anm. 7 zu § 398; Larenz, Schuldrecht, § 30 V b; ders., Vertrag und Unrecht, Erster Teil, Hamburg 1936, S. 121; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929, § 345; Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 14 zu § 398.

Enneccerus-Lehmann[46] verwandt wird, der dort alle Befugnisse zu einer irgendwie gearteten rechtsgeschäftlichen Einwirkung auf fremde Vermögensverhältnisse umfaßt. Zu trennen ist er auch von dem Akt der Ermächtigung, durch den der Ermächtigende auf den Ermächtigten diese Rechtsmacht überträgt.[47]

Die Rechtsprechung und das Schrifttum, sofern es die Einziehungsermächtigung für zulässig erachtet, stimmen darin überein, daß das Wesen dieses Institutes darin besteht, daß dem Ermächtigten, ohne Inhaber des Forderungsrechtes zu sein, die Befugnis zusteht, die Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern. Der Ermächtigte zieht also ein ihm fremdes Recht ein und wird nach erfolgter Leistung Eigentümer des geforderten Gegenstandes.

Bis hierher herrscht Übereinstimmung. Über die rechtliche Ausgestaltung der Einziehungsermächtigung besteht aber weitgehend Streit und Unklarheit, sofern man sich mit diesem Institut überhaupt näher befaßt und nicht, wie RG und BGH, die Einziehungsermächtigung einfach als gegeben voraussetzt.

---

46) Enneccerus-Lehmann, § 203 I 2a.

47) Für die Einziehungsermächtigung werden auch noch andere Bezeichnungen verwandt, z.B. Inkassozession, Inkassovollmacht und Inkassomandat; diese Termini sind aber weniger gebräuchlich und bezeichnen auch nur unzureichend die von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre für die Einziehungsermächtigung angeführte rechtliche Begründung; zur Würdigung dieser Bezeichnungen vgl. O.-A. Köhler, Einziehungsermächtigung, S. 6. Allerdings scheint dessen Kritik an dem Ausdruck "Einziehungs- bzw. Inkassomandat" nicht ganz zuzutreffen. Er begründet seine Kritik damit, daß das "mandatum" im röm. Recht in erster Linie den schuldrechtlichen Vertrag verstand, den wir heute Auftrag nennen. Das "mandatum ad agendum" stellt aber ebenso die Übertragung einer Rechtsposition dar; dieser Begriff schillert also nicht mehr und nicht weniger als unser Begriff "Ermächtigung", der ebenso die Übertragung der Rechtsmacht als auch die dadurch begründete Befugnis bezeichnet.

Insbesondere ist ungeklärt, ob der Rechtsträger nach Erteilung der Einziehungsermächtigung weiterhin befugt ist, neben dem Ermächtigten die Forderung einzuziehen oder ob er dieses Rechtes verlustig geht.[48]

Wie schon angedeutet, findet man in den meisten diesbezüglichen Entscheidungen des RG und auch des BGH nichts Näheres; lediglich Ludewig und Löbl nehmen hierzu eindeutig Stellung.

Ludewig, der die Konstruktion der Einziehungsermächtigung über § 185 BGB (wie dies die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre tut) zwar bejaht, aber nicht alle Fälle der Ermächtigung damit ausreichend begründet ansieht,[49] ist der Ansicht, daß die Ermächtigung auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Zulässigkeit der Überlassung der Rechtsausübung beruht.[50] Ludewig will daher auch dem Ermächtigenden trotz der Übertragung der Rechtsausübung weiterhin das Recht zugestehen, die Forderung selbst einzuziehen.[51]

Löbl[52] lehnt dieses Ergebnis ab; die Natur der Einziehungsermächtigung besteht seiner Ansicht nach darin, daß dem Ermächtigten lediglich die Gläubigerstellung übertragen wird, ohne daß damit das Forderungsrecht übergeht. Löbl spaltet also von der Forderung die Befugnis zur Einziehung ab, so daß nach Erteilung der Einziehungsermächtigung der Rechtsträger zur Einziehung seiner Forderung nicht mehr in der Lage ist.[53]

---

48) O.-A. Köhler, Einziehungsermächtigung, S. 7.

49) W. Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1922, S. 30.

50) W. Ludewig, Ermächtigung, S. 31 ff.

51) W. Ludewig, Ermächtigung, S. 36.

52) R. Löbl AcP 129, 257 ff.

53) Eine Auseinandersetzung mit diesen beiden Theorien, die kaum Anhänger gefunden haben, erscheint nicht erforderlich; zur Kritik dazu vgl. O.-A. Köhler, Einziehungsermächtigung, S. 16 ff und 27 ff.

Für die KVK ist aber nicht die Gültigkeit der Einziehungsermächtigung in ihrem vollen Umfange von Bedeutung, sondern, wie oben dargelegt, lediglich ihre Variante der Ermächtigung zur Aufrechnung. Der bedeutsame Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsinstituten besteht darin, daß, wie noch dargelegt werden wird, parallel zur Ermächtigung des Einziehenden, die Leistung an sich zu fordern, noch die den Schuldner verpflichtende Norm entstehen muß, an den Ermächtigten zu leisten; während bei der Aufrechnungsermächtigung der Schuldner scheinbar lediglich die Kompensation zu dulden hat, also für ihn keine Leistungspflicht erwächst.

aa) Trägt der § 185 BGB die Einziehungsermächtigung?

Nun aber zunächst zur Ermächtigungstheorie, die vom RG, BGH und einem Teil des Schrifttums[54] vertreten wird. In älteren Entscheidungen des RG,[55] die zum Teil noch auf dem Gemeinen Recht und dem Preußischen Allgemeinen Landrecht beruhen, scheint die Meinung Löbls geteilt zu werden, daß nur jeweils eine Person zur Einziehung berechtigt ist. Das RG leitet die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung aus der Scheidung von materieller und formeller Gläubigerstellung her, woraus sich ergeben solle, daß das Gläubigerrecht allein übertragen werden könne. Dies steht aber in auffälligem Widerspruch zur gesetzlichen Regelung, derzufolge nur das Forderungsrecht in seiner

---

54) Vgl. u.a. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933, S. 262; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Bearbeitung, Tübingen 1959, § 79 IV; Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Berlin-Heidelberg 1965, § 57 1a; Fikentscher, Das Schuldrecht, Berlin 1965, § 57 IV 8; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl., Berlin 1963, § 37 VI; Erman-Westermann, Anm. 14,15 zu § 398; Staudinger-Coing, Vorb. 63 d zu § 164; Siebert-Schultze-v.Lasaulx, Rdn. 35 zu § 185 (aA allerdings Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 14 zu § 398); R. Löbl AcP 129, 257 ff mit abweichender Begründung.

55) RGZ 25, 207; 37, 103 (106); 53, 416 (418).

Gesamtheit übertragen werden kann.

In neuerer Zeit hat daher die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre, sich auf § 185 BGB stützend, die Ansicht vertreten, daß neben dem Ermächtigten auch der Rechtsträger noch in der Lage sei, das Forderungsrecht in vollem Umfange geltend zu machen. Sehr deutlich wurde dies in einer Entscheidung des RG[56] dargelegt, in der die Zulässigkeit der Abtretung des Berichtigungsanspruchs gem. § 894 BGB bestätigt und darin eine der Einziehungsermächtigung wesensgleiche Ermächtigung gesehen wird. Noch ausführlicher und klarer formulierte das RG diese Meinung in einer späteren Entscheidung,[57] in der es sich um die Diskontierung von Buchforderungen handelte. Eine Diskontanstalt belieh die Außenstände ihrer Genossen; die hierfür erforderlichen Mittel erhielt diese Diskontvereinigung von einer Kreditanstalt, welche ihrerseits sich die Forderungen der Genossen in stiller Form[58] abtreten ließ und die Diskontvereinigung autorisierte, die ihr abgetretenen Forderungen zu verwalten. - Das RG legte diese Vereinbarungen dahingehend aus, daß die Kreditanstalt als Forderungsinhaber sowohl die Diskontvereinigung als auch die ursprünglichen Gläubiger ermächtigte, die Forderungen einzuziehen. Das RG betonte ausdrücklich, daß hierdurch keine Spaltung des Forderungsrechts herbeigeführt wurde, sondern die Übertragung der Verwaltung nichts anderes als die Erteilung einer Einziehungsermächtigung im Sinne des § 185 BGB bedeute. Das RG führte weiter aus, daß der neue Gläubiger - die Kreditanstalt - trotz der Erteilung der Einziehungsermächtigung das volle Gläubigerrecht in seiner Person behalte; denn die Erteilung dieser Ermächtigung setze das Recht des Machtgebers voraus. - Am Ende der Entscheidung sagte zwar das RG, daß es dem Begriff der Abtretung

---

56) RG JW 1912, 297; bestätigt in RG JW 1922, 218.

57) RGZ 133, 234 (241).

58) Also ohne Anzeige an den Schuldner.

nicht widerspreche, daß die Kreditanstalt nicht sofort das Recht haben solle, die Forderung einzuziehen. Dieses scheint nun dem vorher Entschiedenen entgegenzustehen; das ist jedoch nicht der Fall, sondern im Wesen der stillen Zession begründet. Denn diese Art der Forderungsabtretung ist, wie schon der Name sagt, so beschaffen, daß der Schuldner, um keinen Einblick in die finanzielle Lage seines Gläubigers zu erhalten, von der Abtretung nicht in Kenntnis gesetzt wird,[59] da die Abtretung von Außenständen an eine Bank meist ein sicheres Indiz für einen gewährten Kredit ist. Die Kreditanstalt verpflichtet sich also ihrem Schuldner gegenüber, dessen Schuldner von der Abtretung nur unter gewissen Voraussetzungen in Kenntnis zu setzen; solange diese Voraussetzungen nicht vorliegen, wird die Abtretung nicht offengelegt, was für die Bank sogar gewisse Gefahren in sich birgt, vgl. § 407 BGB.[60] Das Wesen der stillen Zession besteht also darin, daß die Bank sich ihrem Schuldner gegenüber verpflichtet, die Zession dessen Schuldner nicht mitzuteilen, woraus folgt, daß sie sich auch der Einziehung der Forderung enthält. Und dies bedeutet eben der Satz am Ende der zitierten RG-Entscheidung, "daß die Kreditanstalt nicht sofort das Recht haben soll, die Forderung einzuziehen". Sie hat zwar dieses Recht erlangt, sich aber ihrem Schuldner gegenüber verpflichtet, es vorerst nicht geltend zu machen.

---

59) W. Schütz, Formularbuch, S. 512, 4a.

60) § 407 BGB bestimmt, daß der neue Gläubiger eine Leistung des von der Zession nicht unterrichteten Schuldners an den alten Gläubiger gegen sich gelten lassen muß.

Daraus, daß das RG[61] und der BGH[62] die Einziehungsermächtigung direkt auf § 185 BGB stützen und als Einwilligung zur Verfügung über das Forderungsrecht bezeichnen, folgt, daß neben dem Ermächtigten auch der Rechtsinhaber zur Einziehung befugt ist; denn § 185 BGB beschneidet die Befugnisse des Ermächtigenden nicht im geringsten. Er ist darüber hinaus, wie auch schon expressis verbis in RGZ 133, 241 gesagt,[63] in der Lage, mehrere Personen zur Einziehung zu ermächtigen, ebenso wie eine Vollmacht, die ein der Einziehungsermächtigung sehr verwandtes Institut ist,[64] an eine beliebige Zahl von Personen erteilt werden kann.

Nun ist zunächst zu fragen, welchen Zweck die Schöpfer des BGB mit der Vorschrift des § 185 verfolgten.

Die 2. Kommission,[65] die sich mit dem Entwurf des BGB befaßte, nahm den heutigen § 185 hinter den seinerzeit zu den §§ 127-127b[66] beschlossenen Bestimmungen auf und

---

61) RGZ 133, 241; 117, 72; 291, 170 (191) mit weiteren Nachweisen.

62) BGHZ 4, 164 (165); 19, 71; BGH MDR 1965, 902, allerdings scheint BGHZ 4, 167 nur jeweils einer Person das Einziehungsrecht zuzugestehen; denn der BGH sagt dort zum Fall der Einziehungsermächtigung für eine unpfändbare Forderung: "Deshalb kann nur eine widerrufliche Ermächtigung für zulässig erachtet werden. Der Rentenberechtigte darf, soweit der Ermächtigte noch keinen Gegenwert geleistet hat, in keiner Weise gehindert werden, den Rentenanspruch ... wieder selbst geltend zu machen". - Wie sollte er aber gehindert werden, dies zu tun, wenn ihm das Einziehungsrecht ipso jure verblieben wäre?

63) Vgl. S. 20

64) Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, I. Band, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960, Anm. 24 vor § 164.

65) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin 1896, S. 179.

66) Entsprechend den §§ 182-184 BGB.

begründete dies damit, daß den in den §§ 310, 830, 876[67] (des ersten Entwurfs) behandelten Konvaleszenzfällen ein allgemeines Prinzip zugrunde liege, welches auch auf andere Fälle, für welche die Konvaleszenz nicht ausdrücklich bestimmt sei, Anwendung zu finden habe.

Schon der Ausdruck "Konvaleszenz" könnte Zweifel aufkommen lassen, ob im voraus der Verfügung eines Nichtberechtigten zugestimmt werden könne, denn "convalescere" bedeutet in seinem ursprünglichen Sinne: "wieder gesund werden, genesen" und wurde im röm. Recht besonders gebraucht, wenn die Frage zu lösen war, ob ein anfänglich unwirksames Rechtsgeschäft infolge späterer Ereignisse nachträglich wirksam werden könne.[68] Voraussetzung für einen Konvaleszenzfall war also seine anfängliche Unwirksamkeit, welche aber gar nicht vorliegen kann, wenn der Rechtsträger schon vor Vornahme des Rechtsgeschäfts durch einen Nichtberechtigten dieser Handlung seine Sanktion gab, woraus folgen könnte, daß der § 185 BGB nicht für diese Fälle gedacht ist, sondern nur die nachfolgende Heilung eines anfänglich unwirksamen Rechtsgeschäfts vorsieht. Dies könnte sich auch aus dem Ausdruck "Nichtberechtigter" ergeben; denn wenn jemand mit Einwilligung des Rechtsträgers handelt, ist er eben kein Nichtberechtigter mehr.

Diese Auslegung ist aber zu eng und steht außerdem mit dem Gesetzestext nicht im Einklang; denn der § 185 BGB besagt, daß die Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Einwilligung ist laut gesetzlicher Definition des § 183 BGB die vorherige Zustimmung. Somit kann unter "Konvaleszenz" nicht nur die

---

67) Diese §§ behandelten die Abtretung von Forderungen und die Übereignung von Sachen durch einen Nichtberechtigten mit Zustimmung des Rechtsträgers und wurden nach Einführung der allgemeinen Vorschrift gestrichen.

68) Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts, 9. Aufl., Jena 1914, S. 106.

nachträgliche Heilung gemeint sein. Dies wird auch schon in den Motiven[69] deutlich zum Ausdruck gebracht.

Es ist daher als unbestreitbar festzuhalten, daß der Verfügung eines Nichtberechtigten vorher zugestimmt werden kann. Es sei aber nochmals betont, daß es sich bei der Handlung des Nichtberechtigten um eine Verfügung handeln muß.

Dies ist aber bei der von der wohl vorherrschenden Meinung für gültig erachteten Einziehungsermächtigung nicht ohne weiteres der Fall; denn sie berechtigt den Ermächtigten dazu, eine Forderung des Ermächtigenden im eigenen Namen einzuziehen und es drängt sich die Frage auf, ob die Einziehung einer Forderung und die durch sie bewirkte Erfüllung überhaupt eine Verfügung darstellen.

Die rechtliche Natur der Erfüllung ist stark umstritten. Im Schrifttum werden eine Reihe verschiedener Meinungen vertreten.

Nach der einen Auffassung ist sie ein Rechtsgeschäft,[70] während andere in ihr einen Vertrag sehen und neben der tatsächlichen Leistungshandlung auch den Abschluß eines Erfüllungsvertrages verlangen.[71] Eine weitere Ansicht begnügt sich mit der Erklärung des Schuldtilgungswillens durch den Schuldner und verlangt einen Erfüllungsvertrag nur, wo die Leistung nicht ohne Annahmeerklärung des

---

69) Mot.z.BGB, S. 246: "Die vorherige Einwilligung ist der Vollmachtserteilung nahe verwandt. Die Verwandtschaft tritt besonders in den Fällen hervor, in welchen jemand mit Einwilligung eines anderen über dessen Gut in eigenem Namen verfügt."

70) U.a. Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, Jher. JB. 43, 212.

71) v.Tuhr, BGB, § 72 III Fußn. 128; F. Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Leipzig 1907, S. 7 ff, 14.

Gläubigers bewirkt werden kann[72]. Die jetzt im Schrifttum überwiegende Theorie der realen Leistungsbewirkung[73] sieht in der Erfüllung nichts anderes als die Verwirklichung der schuldnerischen Gebotsnorm, die Herbeiführung des dem Gläubiger gebührenden Erfolges zu bewerkstelligen, welche als solche keinen rechtsgeschäftlichen Charakter trägt. Sie hat diesen nur in den Fällen, wo das Forderungsrecht auf eine rechtsgeschäftliche Leistungshandlung zielt, z.B. Abschluß eines Vertrages bei der Bezahlung einer Forderung - nicht dagegen, wo der Schuldner zu einer bloßen Rechtshandlung, etwa einer Anzeige, verpflichtet ist; erst recht nicht, wo er seine Leistung ohne jede Mitwirkung des Gläubigers erbringen kann und soll, wie etwa bei Unterlassungspflichten und vielen Dienstleistungen.

Nach der letztgenannten Theorie, die stark im Vordringen begriffen ist,[74] stellt die Annahme der Leistung durch den dazu Ermächtigten keine Verfügung über die Forderung dar. Auch der § 362 Abs. 2 BGB[75] vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern; denn diese Vorschrift ordnet lediglich an, daß sich die Befugnis zur Annahme der Leistung nach denselben Grundsätzen richten soll wie die Verfügungsmacht.[76] Ist aber die Leistungsannahme seitens des Drit-

---

72) Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 362; so auch vorwiegend die Praxis vgl. u.a. RG Warn 1930 Nr. 161, München VersR 1956, 413.

73) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929, § 301; Staudinger-Werner, Anm. I vor § 362; Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 2 vor § 362; Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929/58, § 57 c, nennt sie Programmverwirklichung; Larenz, Schuldrecht, § 26 I; BGH VersR 1956, 284.

74) So Enneccerus-Lehmann, § 60 I.

75) "Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung."

76) Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 2 vor § 362; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931, § 31 I 2b.

ten keine Verfügung, so kann er auch gem. § 185 BGB nicht dazu ermächtigt werden, womit von diesem Standpunkt aus die Ermächtigungstheorie, deren Grundlage die Zustimmung des Rechtsträgers zur Verfügung eines Nichtberechtigten ist, ihre Begründung schuldig bleibt.

Aber selbst wenn man, wie z.B. Lehmann[77], in der Tilgung der Schuld durch Entgegennahme der Leistung durch einen Dritten die unter § 185 BGB fallende Verfügung erblicken wollte, ist hiermit noch nicht bewiesen, daß durch die Einwilligung des Berechtigten auf den Ermächtigten die Macht[78] übergeht, die Forderung einzuziehen. Dies ist von der Annahme der Leistung scharf zu trennen. Daß die Annahme einer Leistung und das Einziehen verschieden zu wertende Tatbestände sind, zeigt sich z.B. deutlich darin, daß die Befähigung zum Einzug Personen zustehen kann, die nur ein Verwaltungs- aber kein Verfügungsrecht besitzen; so konnte der Ehemann gem. § 1380 BGB a.F. ein zum eingebrachten Gut seiner Frau gehörendes Recht geltend machen;[79] gem. § 2114 BGB ist der Vorerbe lediglich zur Kündigung und Einziehung von Hypothekenforderungen etc. befugt, nicht jedoch zur Verfügung über diese Rechte. Lehmann[80] will diesem Einwand dadurch begegnen, daß er sagt, daß die Verfügung natürlich nur in der Tilgung der Schuld durch Entgegennahme der Leistung gesehen werden müsse und nicht in der sonstigen auf Einziehung gerichteten Tätigkeit. Jedoch soll auch diese Tätigkeit von der Einwilligung des Ermächtigenden mitumfaßt sein.[81]

---

77) In Enneccerus-Lehmann, § 79 IV Anm. 27; im gleichen Band schließt sich aber Lehmann unter § 60 I unter gewissen Vorbehalten der Theorie der realen Leistungsbewirkung an.

78) So Jacobi in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Vierter Band, I. Abteilung, Leipzig 1917, S. 186; Leonhard, Schuldrecht, § 345 (S. 675) bezeichnet das Einziehen einer Forderung als Verwaltungshandlung.

79) Verfügen konnte er jedoch über die Forderung nicht, hM, vgl. z.B. RGZ 78, 382 (383).

80) In Enneccerus-Lehmann, § 79 IV, Anm. 27.

81) So besonders Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933, S. 236, 262.

Vergegenwärtigt man sich aber, daß die Intention des § 185 BGB darauf gerichtet ist, die Verfügung eines Nichtberechtigten zu heilen (s.o.), so erscheint es schon als sehr fraglich, ob dieser Konvaleszenzbestimmung auch die Macht inhaerent sein kann, die zur Bewirkung dieser Verfügung erforderlichen Schritte, die Einziehungshandlungen, vorzunehmen. Diese Frage wird auch durch die Existenz des § 241 BGB aufgeworfen, welcher besagt, daß kraft des Schuldverhältnisses der G l ä u b i g e r berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu fordern, es demzufolge als höchst zweifelhaft erscheint, ob der Gläubiger nach Abschluß des Vertrages in der Lage ist, einseitig einen (oder mehrere) Personen zum Leistungsempfänger zu bestimmen.

Wollte man aber selbst der (wohl noch) hM bis hierhin folgen, also die Entgegennahme der Leistung als Verfügung ansehen und auch im § 185 BGB eine Norm erblicken, kraft deren neben der Verfügungsbefugnis auch die Macht auf den Ermächtigten übergeht, vom Schuldner die Leistung zu fordern, so besteht doch letztlich ein weiteres, gravierendes Bedenken gegen die Einziehungsermächtigung, daß nämlich der Schuldner durch sie v e r p f l i c h t e t werden soll und muß, an den Ermächtigten zu leisten. Veranschaulicht wird dieses Problem beim unechten Vertrag zugunsten Dritter: der Dritte kann zwar die Leistung entgegennehmen, hat aber kein Recht, die Leistung zu fordern. Gleichgelagert ist der Fall der Anweisung gem. §§ 784 Abs. 1, 787 Abs. 2 BGB, die besagen, daß der Anweisende seinen Schuldner anweisen kann, an einen Dritten zu leisten, der Angewiesene aber nicht schon dadurch zur Leistung verpflichtet wird, daß er Schuldner des Anweisenden ist. Er kann auch ablehnen.[82] Lehmann[83] versucht diese Bedenken durch einen Vergleich mit der Vollabtretung zu beseitigen,

---

82) Vgl. statt aller: Palandt-Gramm, Anm. 2 zu § 787.

83) Enneccerus-Lehmann, § 79 IV Anm. 27.

indem er argumentiert, daß, wenn der Schuldner sich die Vollabtretung gefallen lassen müsse, er erst recht die schwächere Wirkung der Einziehungsermächtigung hinzunehmen verpflichtet sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Zession der Forderung nur eine Änderung der Rechtszuständigkeit darstellt,[84] aber keine Änderung der Verpflichtung,[85] während in der Erteilung der Einziehungsermächtigung, die ja theoretisch an eine unbegrenzte Personenzahl ausgesprochen werden kann, eine Vervielfältigung der Ausübungsbefugnis liegt, die eine Änderung, nämlich eine Erweiterung, darstellt.[86] Hierfür gibt es jedoch keine Rechtsnorm.[87] Dies widerspricht im Gegenteil sogar dem § 305 BGB; denn durch die Erteilung der Einziehungsermächtigung würden n a c h Vertragsschluß die Pflichten des Schuldners zu dessen Ungunsten abgeändert. Daher geht auch das weitere Argument fehl, das darauf beruht, daß man, was nicht bestritten werden soll, in der Lage ist, jemanden zu ermächtigen, eine Sache im Namen des Ermächtigten zu veräußern. Hieraus solle sich ergeben,[88] daß man auch in der Lage sein müsse, jemanden zu ermächtigen, eine Forderung im Namen des Ermächtigten einzuziehen.

Der bedeutsame Unterschied liegt aber darin, daß im zweiten Falle der Schuldner verpflichtet werden soll, eine Erwei-

---

84) Es soll dahingestellt bleiben, ob die Abtretung einer Forderung wirklich nur die Änderung der Rechtszuständigkeit und nicht auch der Verpflichtung nach sich zieht; es ist jedoch offenkundig, daß die Situation des Schuldners, der sich der Einziehungsbefugnis m e h r e r e r (es sind zumindest zwei, da der Rechtsträger seines Einziehungsrechts durch die Ermächtigung nicht verlustig geht) Personen gegenübergestellt sieht, ungleich ungünstiger ist, als wenn ihm nur e i n neuer Gläubiger gegenübertritt.

85) Larenz, Schuldrecht, § 30 I.

86) H. Ch. Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, Erster Teil, Berlin 1910, S. 96 ff.

87) Larenz, Schuldrecht, § 30 V c.

88) Enneccerus-Lehmann § 79 IV 2.

terung seiner Schuldnerpflichten (s.o.) in Kauf zu nehmen, während im ersten Falle, der Veräußerung, niemand gegen seinen mutmaßlichen Willen zu einem Tun verpflichtet wird.

Letztlich wollen Enneccerus-Lehmann[89] die den Schuldner verpflichtende Norm aus dem Sinn der Einziehungsermächtigung ableiten und behaupten, daß, sofern die Verfügung in der Einziehung einer Forderung besteht, in der Einwilligung in die Verfügung, wenn sie nicht sinnlos sein solle, auch gleichzeitig eine Anweisung an den Schuldner liegen müsse, sich durch Leistung an den Dritten zu befreien. Der Sinn des § 185 BGB ist aber, wie betont, nur die Heilung einer an sich nichtigen Verfügung. Die eben geschilderte extensive Interpretation dieser Vorschrift dürfte doch über ihren Rahmen hinausgehen, so daß mit ihr schwerlich auch noch eine den Schuldner verpflichtende Anweisung begründet werden kann.

bb) Rechtfertigt die geschichtliche Entwicklung der Forderungsabtretung das Institut der Einziehungsermächtigung?[90]

Das römische Recht[91] hielt die Forderungsabtretung für unzulässig; lediglich der Mitkontrahent war zur Kontraktsklage befugt. Die Anschauung, daß eine Forderung auch abtretbar sein müsse, setzte sich erst zur Zeit des Merkantilsystems und der Geldwirtschaft durch.[92]

---

89) Enneccerus-Lehmann § 79 IV Anm. 28.

90) Wie dies u.a. Enneccerus-Lehmann § 78 I 1 und Ludewig, Ermächtigung, S. 14 f behaupten.

91) So Dernburg, Die Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, 4. Aufl., Halle/S. 1909, § 134 I; vgl. auch Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, Einleitung zu § 329.

92) Etwa seit Ausgang der punischen Kriege; so Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 II unter Hinweis auf Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897, S. 181. Dort werden zwar die Gracchischen Unruhen als Zeitpunkt genannt, die Differenz ist aber unerheblich.

Diesen Anforderungen des Handelslebens entsprach das römische Recht aber nur zögernd und mühselig. Zur Umgehung der starren Vorschriften griff man zur Novation.[93] Hierzu war allerdings die Mitwirkung des Schuldners erforderlich. Verweigerte dieser sie jedoch, so erreichte man den gewünschten Zweck dadurch, daß man demjenigen, dem die Forderung übertragen werden sollte, unwiderruflich zur Einklagung und Einziehung ermächtigte. Er wurde also zum "procurator in rem suam".[94] Das Forderungsrecht blieb zwar beim ursprünglichen Gläubiger; aber der "Erwerber" konnte die Rechte des Gläubigers geltend machen.

Dieses Prozeßmandat konnte allerdings nicht in allen Fällen zum erstrebten Erfolge verhelfen, so daß man noch zu weiteren Behelfen greifen mußte, wie etwa zur Denuntiation der Forderungsabtretung an den Schuldner. Diesem wurde dadurch verwehrt, an seinen ursprünglichen Gläubiger zu leisten.[95]

Schließlich hat das römische Recht doch anerkannt, daß der Schuldner es dulden müsse, daß ein anderer durch Sondernachfolge die Befugnis erwerbe, statt des ursprünglichen Gläubigers im eigenen Namen das Geschuldete zu fordern.

---

93) Novation im hier verwandten Sinne (es gibt zwei Arten der Novation; mit Verbleiben des bisherigen Gläubigers und die Novation mit Gläubigerwechsel) ist der letztgenannte Fall (mit Gläubigerwechsel), der sich aus zwei Rechtsgeschäften zusammensetzt:
1) der Aufhebung durch Vertrag zwischen Schuldner und dem alten Gläubiger, und
2) der Neubegründung durch Vertrag zwischen Schuldner und dem neuen Gläubiger.
Vgl. hierzu W.v.Blume, Novation, Delegation und Schuldübernahme, Diss. Göttingen 1895, S. 2 ff; bei Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 353 a, wird die Novation als "Aufhebung durch Neubegründung" bezeichnet.

94) So Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 II unter Hinweis auf Gai II § 38.

95) So Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 II.

Aber trotzdem hielt das römische Recht daran fest, daß die "obligatio" nicht übertragen werden könne. Das römische Recht billigte dem neu Eintretenden nur die "actio"[96] zu, während es dem bisherigen Gläubiger die "obligatio"[97] beließ.

Diese Entwicklung fand ihren Abschluß erst im Kaiserrecht, wo, im Gegensatz zum Zivilrecht, die Singularsuccession in das Forderungsrecht anerkannt wurde.[98]

---

96) Diese "actio" ist aber, da sie einer Person gegeben wird, welcher sie eigentlich nicht gegeben werden sollte - dem Nichtgläubiger - keine "directa", sondern eine "utilis actio"; Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 II; Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 329 Fußn. 6.

97) Dies bedeutet, daß sich der neu Eintretende nicht auf das "ius" berufen kann; das "ius" steht fortwährend dem bisherigen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, wie wenn ihm das "ius" zur Seite stünde. Es tritt in diesem Punkte die Selbständigkeit der römischen Jurisdiktionsordnung hervor. Deswegen ist aber auch die dem neu Eintretenden gewährte "actio" eine schlechthin eigene "actio": es wird ihm nicht die "actio" desjenigen gegeben, der Subjekt der "obligatio" bleibt, sondern es wird ihm "actio" statt des Obligationssubjekts gegeben; Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 329 Fußn. 7.

98) Nach prätorischem Recht kam es nur auf das Rechtsgeschäft an, durch welches die Veräußerung der Forderung erklärt wurde, also den Kauf, die Schenkung etc. Erst jetzt wurde der Zessionar berechtigt, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. R. Sohm, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 15. Aufl., München-Leipzig 1917, S. 581 f nennt auch diese "actio" "utilis actio"; die hier auftretende Diskrepanz zu Fußn. 96 beruht darauf, daß über die eigentliche Bedeutung der "utilis actio" keine Übereinstimmung herrscht: sie wird einmal als fremde "actio", die ein anderer als der Berechtigte kraft eigenen Rechts ausübt, und einmal schlechthin als eigene "actio" bezeichnet; vgl. hierzu Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 329 Fußn. 6 und dort angegebene Literatur.

Auch das ältere deutsche Recht kannte nicht das Institut der Forderungsabtretung,[99] so daß man auch hier, in Anlehnung an das römische Recht, eine "Geltendmachungsbefugnis" konstruieren mußte, um den Erfordernissen des täglichen Lebens gerecht werden zu können.[100] Um die Forderung an einen Dritten zu "übertragen", fand man schon sehr zeitig einen Behelf: man ließ sich vom Schuldner das in der Schuldurkunde niedergelegte Einverständnis geben, daß er bereit sei, nicht nur an den ursprünglichen Gläubiger, sondern an jeden Dritten zu leisten, den der Gläubiger statt seiner benennen werde. Urkunden dieses Inhalts führten also im Ergebnis zu einer de-facto-Abtretung.[101]

Diese fortwährende Übung erstarkte im Laufe der Zeit zum Gewohnheitsrecht,[102] so daß die Abtretung von Forderungen schon vor Inkrafttreten des BGB möglich war und im jetzt geltenden Recht ausdrücklich geregelt ist.

Aus diesem geschichtlichen Überblick mag hervorgehen, daß die im römischen und älteren deutschen Recht vorhandenen Institute, das Prozeßmandat und die Geltendmachungsbefugnis, nur Rechtsbehelfe waren, Behelfe dafür, daß die Forderungen unabtretbar waren, man aber einen der Abtretung gleichkommenden Erfolg erzielen wollte und mußte. Die ständige Handhabung dieser Institute führte dazu, daß Forderungen letztlich sowohl im römischen als auch im deutschen Recht zedierbar wurden. Das Prozeßmandat und die Geltendmachungsbefugnis waren also nur E r s a t z für das Fehlen der Abtretungsmöglichkeit, sie sind E n t w i c k l u n g s s t u f e n auf dem Wege zwischen strikter Unabtretbarkeit und dem schließlich doch anerkannten Zessionsrecht. Trotz der unleugbaren Parallelen zwischen diesen obengenannten Instituten und der Einziehungser-

---

99) So Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 III.

100) O. Bähr, Zur Cessionslehre, Jher.Jb.1, 351 (354 f).

101) So Dernburg, Schuldverhältnisse, § 134 III.

102) Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 329 Fußn. 9; O. Bähr, Zur Cessionslehre, Jher.Jb. 1, 351 (355 f).

mächtigung kann man sie nicht als Beleg für die Zulässigkeit heranziehen, da sie von diametral entgegengesetzten Voraussetzungen - hie Unabtretbarkeit, hie Abtretbarkeit - ausgehen.[103]

d) Die Ermächtigung zur Aufrechnung

Alle diese gegen die wohlgemerkt von der Rechtsprechung und einem großen Teil der Lehre als gültig anerkannte Einziehungsermächtigung vorgebrachten Einwände müssen aber nicht gegen die Ermächtigung zur Aufrechnung verfangen; denn diese ist ein scheinbar den Schuldner nicht belastender Fall der Einziehungsermächtigung,[104] so daß man dieses Institut als dem geltenden Recht entsprechend erachten könnte.

Eins der gewichtigsten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung war die Tatsache, daß es sehr bestritten ist, ob die Einziehung einer Forderung lediglich eine Verfügung darstellt, wie dies die wohl vorherrschende Meinung,[105] die die Ermächtigungstheorie vertritt, annimmt.

Bei der Aufrechnung durch einen ermächtigten Dritten könnten daher die Dinge anders liegen, sofern man die Kompensation lediglich als Verfügung über die Forderung ansieht. Darüber hinaus entfallen bei der Aufrechnung, im Gegensatz zur Einziehung einer Forderung, jegliche den Schuldner verpflichtende Verwaltungshandlungen.

Das RG befaßte sich mit diesem Fragenkreis ausführlich in seiner Entscheidung vom 23.11.1911 und führt dazu aus[106]:

---

103) Leonhard, Schuldrecht, § 345 (S. 674, 675).

104) So RGZ 58, 105 (109: "... wer eine Forderung in eigenem Interesse durch Entgegennahme der Zahlung einziehen darf, wird sie auch im Wege der Aufrechnung zu realisieren berechtigt sein."
Ebenso RGZ 97, 35 (39).

105) Vgl. Fußn. 54 auf S. 19.

106) RG Warn 1912 Nr. 66.

"Zu einer Aufrechnung im Sinne des § 387 BGB kann es allerdings nur kommen, wenn dieselben Personen einander Leistungen schulden, aber es läßt sich auch durch Aufrechnung eine fremde Schuld tilgen (vgl. RGZ 72, 377). Der Leistungsinhalt der beiderseitigen Forderungsrechte stand ihrer Tilgung durch einen anderen als den Schuldner nicht entgegen (vgl. § 267 BGB). Im Falle des § 268 erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch auch die Möglichkeit einer solchen Tilgung mittels Aufrechnung mit einer dem anderen gegen den Gläubiger zustehenden Forderung ausdrücklich an. Dabei handelt es sich in diesem Falle um eine einseitige, auch ohne und gegen den Willen des Gläubigers vorzunehmende Aufrechnung. Der Berufungsrichter hat nicht bedacht, daß eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, und wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt (185 BGB)."

Auch eine konsequente Fortführung der von Kohler[107] entwickelten Vinkulierungstheorie würde zu diesem Ergebnis führen. Die wohl herrschende Ansicht[108] führt die in § 406 BGB normierte Aufrechnungsbefugnis des Schuldners gegen den Zedenten darauf zurück, daß es der Billigkeit entspricht, den Schuldner gegen ihm nachteilige Folgen der Zession, der er ja machtlos gegenübersteht, zu schützen. Kohler[109] vertritt hiergegen aber die Ansicht, daß die Regelung des § 406 BGB eine Konsequenz sei, die strikt aus dem Wesen der Aufrechnung folge. Zwei Forderungen, so sagt Kohler, die einander aufrechenbar gegenüberstehen, sind vinkuliert. Wird nun eine dieser Forderungen einem Dritten abgetreten, so könne sie nur in diesem Zustand der Vinkulation auf den neuen Gläubiger übertragen werden.

---

107) J. Kohler, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 24, 1 ff.

108) Vgl. Palandt-Danckelmann Anm. 1 zu § 406; BGHZ 19, 153 (156) mit weiteren Nachweisen.

109) J. Kohler, Aufrechnung, ZZP 24, 37.

Vinkulierung liege aber nicht nur bei Fälligkeit beider Forderungen im Zeitpunkt der Abtretung vor, sondern sie sei als "bedingte Vinkulation" auch bezüglich derjenigen Forderungen vorhanden, die zu einem späteren Termin oder wenigstens gleichzeitig mit der Gegenforderung fällig werden. Kohler gelangt daher zu dem Schluß,[110] "daß der debitor cessus sein Kompensationsrecht behält, soweit es im maßgebenden Augenblicke schon besteht".

Kohlers Ansicht, daß der Zedent die Befugnis zur Aufrechnung nicht verlor, basiert auf einer eigenwilligen, und offensichtlich sonst nirgends vertretenen[111] Wertung der Aufrechenbarkeit und Zession. Denn nach Kohler stellt die Abtretung lediglich die Übertragung des Verfügungsrechts über die Forderung dar,[112] während der Zedent sein Anweisungsrecht behält, das ihm aufgrund seiner ehemaligen Gläubigerstellung erhalten bleibt, wodurch es ihm ermöglicht wird, nach erfolgter Einwilligung des nunmehrigen Forderungsinhabers aufzurechnen.

In konsequenter Fortführung der Lehre Kohlers könnte man durch eine Reihe von Zessionen eine beliebige Zahl von Personen zu ehemaligen Forderungsinhabern machen, die nun alle, da sie ja alle einmal Gläubiger waren und ihr Anweisungsrecht behalten haben, zur Kompensation befugt sein müßten.

Die Lehre Kohlers findet aber weder im Gesetz eine Stütze, denn die Vorschriften der §§ 398 ff BGB sprechen ausdrücklich von der Übertragung der F o r d e r u n g und nicht des Verfügungsrechts, noch ist diese Lehre im Ergebnis zu billigen, da sie die Interessen des Schuldners - ebenso wie

---

110) J. Kohler, Aufrechnung, ZZP 24, 44.

111) Ähnliches sagt lediglich A. Stölzel in seiner "Schulung für die civilistische Praxis", Zweiter Teil, 3. Aufl., Berlin 1902, S. 3.

112) J. Kohler, Aufrechnung, ZZP 24, 44.

die zuvor erwähnten RG-Entscheidungen - nicht berücksichtigt.[113]

Ob die Ermächtigungstheorie des RG[114] haltbar ist, ist vom Ergebnis der Prüfung folgender zweier Punkte abhängig:

1. Ist zur Aufrechnung unbedingt Gegenseitigkeit erforderlich und
2. ist die Kompensation lediglich eine Verfügung über die Forderung?

zu 1.) Die Voraussetzung zum Vollzug der Aufrechnung ist das Vorliegen der Aufrechnungslage, also des Gegebenseins von Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Gültigkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Aktivforderung.[115] Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, tritt aber die gegenseitige Tilgung der beiderseitigen Forderungen nicht ohne jeden darauf gerichteten Akt einer Partei von Gesetzes wegen ein ("ipso jure compensatur"), wie dies die vorherrschende Meinung der gemeinrechtlichen Wissenschaft im 19. Jahrhundert[116] war, sondern das BGB verlangt, um die durch die Aufrechnungslage gegebene Möglichkeit der Kompensation zu bewirken, ausdrücklich in § 388 BGB die Abgabe der Aufrechnungserklärung; diese Erklärung ist nach Ansicht des

---

113) Oertmann, Aufrechnung und Anweisung, Recht 1905, 33 f führt darüber hinaus gegen die Lehre Kohlers an, daß die Anweisung der Schriftform bedürfe (§ 783 BGB), während die Aufrechnungserklärung mündlich wirksam sei. Auch brauche der Angewiesene die Anweisung grundsätzlich nicht zu honorieren, selbst wenn er Schuldner des Anweisenden sei (§ 787 Abs. 2 BGB); sei er aber ausnahmsweise sie zu honorieren verpflichtet, könne die Ausführung dieser Pflicht auch hier wieder nur durch einen selbständigen Willensakt erfolgen. Auch habe die Aufrechnung rückwirkende Kraft, während die laut der Anweisung erfolgte Eigenzahlung nur ex nunc wirken könne. - Oertmann irrt allerdings insofern, als die Anweisung doch mündlich erteilt werden kann; BGHZ 3, 238 (240).

114) Vgl. die auf S. 33,34 zitierten Entscheidungen.

115) Larenz, Schuldrecht, § 27 III.

116) Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl., Aalen 1965, S. 289.

RG[117] eine Verfügung und zu ihr müßte ein Dritter also gem. § 185 BGB ermächtigt werden können.

Die unmittelbare Folge der Aufrechnungserklärung ist aber - und dies gilt es zu bedenken -, daß die beiden sich aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen in der Höhe, in der sie sich decken, erlöschen, aber auch gleichzeitig die Schulden in entsprechender Höhe getilgt werden.

Die Aufrechnungserklärung bewirkt also ein Doppeltes: sie verfügt über die Aktivforderung und bezüglich der Schuld, der Passivforderung, kann sie als Tilgungsakt[118] gekennzeichnet werden.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Aufrechnungserklärung eine Doppelwirkung auslöst; zu untersuchen ist, ob diese Wirkung auf jeder Seite bei ein und derselben Person auftreten muß, oder sie, zumindest auf einer Seite, gespalten werden kann: d.h., ob mit der Forderung eines Rechtsträgers aufgerechnet und dadurch die Verpflichtung eines anderen Schuldners getilgt werden kann.

Nicht bei jeder Aufrechnung tritt diese Doppelwirkung nur bei den beiden Partnern der Kompensation ein, also bei dem Zusammenfallen von Gläubiger- und Schuldnerschaft in einer Person auf jeder Seite, sondern es gibt eine Reihe von Fällen, in denen auf einer der bei der Aufrechnung beteiligten Seite Forderungsinhaber und Schuldner auseinanderfallen, wie dies bei der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, also dem für die Aufrechnungsermächtigung typischen Fall, gegeben ist. Die Doppelwirkung wird also gespalten und tritt auf der einen Seite nur in der Person des Forderungsinhabers (Erlöschen seiner Forderung) und in der

---

117) Vgl. Fußn. 114

118) Larenz, Schuldrecht § 27 III c; der BGH (NJW 1955, 339) sagt, daß dem zur Aufrechnung befugten Gläubiger ausnahmsweise ein Recht zur eigenmächtigen Vollstreckung zugesprochen werde, er ein Zwangsverwertungs- oder Selbstbefriedigungsrecht ausübe.

Person des Schuldners (Tilgung seiner Schuld) ein, während auf der anderen Seite das Erlöschen der Forderung und die Schuldtilgung in einer Person zu finden sind. Diese Spaltung der Doppelwirkung ist im Gesetz an verschiedenen Stellen anzutreffen; vgl. die §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1150, 1224, 1249 BGB, 35 b VVG. Auch hat die Rechtsprechung[119] darüberhinaus in weiteren Fällen die Kompensation anerkannt. Aus diesen aufgeführten Fällen könnte geschlossen werden, daß die Wirkungen der Kompensation zumindest auf einer Seite nicht in ein und derselben Person einzutreten brauchen, also Gegenseitigkeit nicht unbedingt erforderlich ist, und damit die Gültigkeit der Aufrechnungsermächtigung begründen.

Dieses Ergebnis wird aber zu Recht von der hM abgelehnt; selbst Lehmann[120], der sich im Falle der der Aufrechnungsermächtigung so verwandten Einziehungsermächtigung für deren Gültigkeit einsetzt, verweigert dem Schuldner das Recht, mit der Forderung eines Dritten zu kompensieren.[121]

Auch das RG distanzierte sich schon bald von seinem am 23.11.1911[122] gefällten Verdikt und stellte nunmehr fest[123]: "Gewiß bedeutet die Aufrechnung eine Verfügung über die Forderung. Das Gesetz (§ 387 BGB) begnügt sich aber nicht damit, daß der Schuldner, der aufrechnen will, über die gegen den Gläubiger gerichtete Forderung verfügen kann. Es verlangt, daß er Inhaber der Forderung ist. Gehört die Forderung einem Dritten, so wird durch die Einwilligung des Dritten nach § 185 nur das in dessen Per-

---

119) Vgl. S. 12

120) In Enneccerus-Lehmann, § 79 IV und S. 26 f der vorl. Arbeit.

121) Enneccerus-Lehmann, § 70 I 2.

122) RG Warn 1912 Nr. 66 und S. 33 der vorl. Arbeit.

123) RGZ 78, 382, (24.2.1912); allerdings mit der nicht ganz zutreffenden Begründung, daß das Urteil vom 23.11.1911 sich lediglich auf einen Aufrechnungsvertrag beziehe.

son liegende Hindernis beseitigt. Der Gläubiger, gegen den aufgerechnet werden soll, braucht dies nicht zu dulden. Sein Interesse erheischt, daß der Schuldner nur mit eigenen Forderungen aufrechnet. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß es sich der Gläubiger gefallen lassen muß, wenn der Dritte dem Schuldner eine Forderung zum Zwecke der Aufrechnung abtritt. Erstens ist der Gläubiger in solchem Falle selber in den Stand gesetzt, mit einer Forderung an den Schuldner gegen die abgetretene Forderung aufzurechnen, und zweitens verzichtet der Dritte durch die Abtretung auf das Recht, die Forderung zur Tilgung einer etwaigen eigenen Schuld gegen den Gläubiger zu verwenden. In beiden Beziehungen würde die Lage des Gläubigers verschlechtert sein, wenn die Zustimmung des Dritten der Abtretung gleichgestellt werden müßte.

Daß dies nicht die Meinung des Gesetzes ist, wird auch bestätigt durch den Gegensatz des § 267 Abs. 1 BGB zu § 268 Abs. 2 BGB und den entsprechenden Vorschriften (§§ 1142, 1150, 1224, 1249 BGB). Diese Stellen lassen keinen Zweifel daran, daß der Dritte, von den angeführten Ausnahmefällen abgesehen, die ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann. Es wäre widerspruchsvoll, wenn seine bloße Zustimmung den Schuldner befähigen würde, die Erklärung der Aufrechnung seinerseits abzugeben."

Diesem Ergebnis ist zuzustimmen, obwohl die Gründe des RG mehr vom Ergebnis denn von der Konstruktion bestimmt zu sein scheinen.

zu 2.) Die Ermächtigungstheorie des RG ist aber auch aus einem weiteren Grunde nicht zu halten, da sie von der Voraussetzung ausgeht, daß die Aufrechnung[124)] lediglich eine Verfügung darstellt und grundsätzlich, was nicht bestritten werden soll, zu Verfügungen gem. § 185 BGB ermächtigt

---

124) S. 34 am Ende des Zitats.

werden kann. Diese Ansicht, daß die Aufrechnung ausschließlich eine Verfügung sei, wird, obwohl über das Wesen der Kompensation alles andere denn Einhelligkeit besteht, heute allgemein abgelehnt.[125)]

Wie schon ausgeführt[126)] bewirkt die Abgabe der Aufrechnungserklärung ein Doppeltes: sie verfügt über die Aktivforderung und bewirkt gleichzeitig die Tilgung der Passivforderung, dieser Tilgungsakt ist untrennbar mit der Verfügung verknüpft, so daß die Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht lediglich eine Verfügung darstellt. Der § 185 BGB gestattet aber nur die Ermächtigung zu Verfügungen und nicht zu weitergehenden Akten, also weder zu Einziehungs- noch zu Tilgungshandlungen, so daß eine Ermächtigung, die zu einer Verfügung möglich ist, zur Abgabe der Aufrechnungserklärung konstruktiv nicht haltbar ist.[127)]

Auch begrifflich ist dieses Institut der Aufrechnungsermächtigung nicht denkbar:

Ermächtigung zu einer Verfügung bedeutet, daß die Wirkungen der Verfügung in der Person des Ermächtigten eintreten,[128)] erklärt der Ermächtigte die Aufrechnung, so soll dadurch seine Schuld getilgt werden. Dazu bedarf es aber zunächst, daß der Ermächtigte in das Verhältnis der beiden Partner, in die bestehende Aufrechnungslage, miteinbezogen würde. Die Aufrechnungslage entsteht kraft Gesetzes in dem

---

125) Vgl. S. 37 ; darüber hinaus werden u.a. noch folgende Meinungen vertreten: Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 1 vor § 387; Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 387 und RGZ 120, 282 bezeichnen sie als Erfüllung bzw. Erfüllungsersetzung; Enneccerus-Lehmann, § 71 I als Schuldtilgung eigener Art; E. Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung, Hannover 1904, S. 39 f als Pfandrecht an der eigenen Schuld.

126) S. 37

127) Ein Dritter kann in diesem Falle nur als Bevollmächtigter oder als Bote fungieren.

128) Während sie bei der Vollmacht in der Person des Bevollmächtigenden eintreten, vgl. S. 15.

Moment, in dem sich zwei Forderungen aufrechenbar gegenübertreten, sie stehen sich ab diesem Zeitpunkt nicht mehr objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos gegenüber.[129] In diese vom Gesetz vorgesehene und vom tatsächlichen Sich-gegenüber-stehen der beiden aufrechenbaren Forderungen abhängige Aufrechnungslage kann aber nicht durch Willensakt eines Einzelnen, also willkürlich, ein Dritter mit einbezogen und die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, mit doppelter oder vielfacher Aufrechnungskraft begabt werden, weil sie Schulden sowohl des Forderungsinhabers als auch eines Dritten soll tilgen können,[130] so daß die Ermächtigung zur Aufrechnung, wodurch Rechtsfolgen der Kompensation in der Person des Ermächtigten eintreten sollen, auch begrifflich nicht denkbar ist. Dies widerspricht den Vorschriften des BGB, wonach die Aufrechnungslage nur in bestimmten gesetzlich normierten Fällen ipso jure entsteht.

---

129) So noch RGZ 66, 266 (273); 120, 280 (283); aA die hM, vgl. Larenz, Schuldrecht, § 27 III e; BGHZ 2, 300 (303), BGB-RGRK Anm. 3 vor 387: die Rechtsfolgen der Aufrechnungslage sind mannigfach: die Wirkungen der erfolgten Aufrechnung werden auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zurückbezogen; der Schuldner kann nach §§ 357, 554 Abs. 2 BGB durch unverzügliche Aufrechnung sogar noch einen Rücktritt oder eine Kündigung des Gläubigers wieder unwirksam machen; durch die Aufrechnungslage wird der Gläubiger im Konkurs gem. § 53 KO geschont etc.

130) G. Kegel, Aufrechnung, S. 85; B. Börner, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, 1505 (der die Aufrechnungsermächtigung ebenfalls ablehnt) sagt, daß dies dazu führe, daß der Ermächtigte dann gezwungen werde, zur Erfüllung der gegen ihn gerichteten Forderung etwas zu leisten, was der Schuldner ihm bei Einziehung der dem Dritten gehörenden Forderung sofort wieder zurückgeben müsse; Börner macht aber nicht deutlich genug darauf aufmerksam, daß der Ermächtigte bei Erbringung seiner Leistung eine e i g e n e Schuld tilgt, während bei der später erfolgenden Einziehung der Forderung des Dritten eine f r e m d e Forderung eingetrieben wird.

Aus diesen Ausführungen folgt, daß sowohl die Einziehungsermächtigung, obwohl von Rechtsprechung und einem Teil der Lehre anerkannt, als auch die der Einziehungsermächtigung wesensverwandte Aufrechnungsermächtigung im geltenden Recht keine Stütze finden;[131] denn die Ermächtigungen beseitigen nur das in der Person des Ermächtigenden liegende Hindernis, nicht jedoch dasjenige, das in der Person des Gläubigers liegt. Dieses kann nur durch einen mit dem Gläubiger[132] abzuschließenden Vertrag, im Falle der Kompensation durch einen Aufrechnungsvorvertrag,[133] aus dem Wege geräumt werden.

---

131) Nur durch ständige Handhabung könnte sie zu einem Gewohnheitsrecht erstarkt sein.

132) B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1505 sagt zwar, daß dieser Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner abzuschließen sei; denkbar ist aber auch die Variante des Abschlusses zwischen Drittem und Gläubiger.

133) Vgl. S. 47 ff.

2. Voraussetzungen der Tilgung der Schuld eines Dritten durch Aufrechnung (2. Variante der KVK)

Zu demselben Ergebnis führt auch die Untersuchung der Frage, ob ein konzernangehöriger Dritter in der Lage ist, die Schuld eines anderen Konzernunternehmens durch Kompensation zu tilgen.

In diesem Falle ist eine Einwilligung des Schuldners nicht erforderlich, da lediglich dessen Schuld durch die Aufrechnung getilgt wird, was § 267 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich einem Dritten zugesteht.[134)]
Abgesehen von dem Falle des § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB, daß der Schuldner in Person zu leisten hat, was aber die Ausnahme[135)] bildet, ist also ein konzernangehöriger Dritter kraft Gesetzes imstande, anstelle des Schuldners zu leisten; die Situation gestaltet sich sogar so, daß diese Leistung seitens des Dritten im Konzerninteresse, also auch im Interesse des Schuldners liegt, und, sofern die geschuldete Leistung erbracht wird, mithin auch im mutmaßlichen Interesse des Gläubigers.

Eine andere Betrachtungsweise ergibt sich aber in dem Falle, in dem der Dritte durch Aufrechnung zu "leisten" gedenkt.

Die Interessen des Gläubigers werden hier in demselben Maße beeinträchtigt wie bei der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten; denn es würde sich in beiden Fällen um die aufgezwungene Duldung des Verlustes der Forderung

---

134) Zu beachten ist hierbei aber, daß kein Forderungsübergang kraft Gesetzes eintritt wie im Falle des § 268 BGB; der Rückgriff des Dritten gegen den Schuldner regelt sich nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis; innerhalb eines Konzerns ist die Abrede der Verrechnung zu unterstellen. Falls kein Rechtsverhältnis, auch nicht aus §§ 677 ff BGB, vorliegt, so regeln sich die Beziehungen zwischen Drittem und Schuldner nach den §§ 812 ff BGB, Palandt-Danckelmann, Anm. 5 zu § 267.

135) Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 267.

des Gläubigers durch Kompensation seitens eines Außenstehenden handeln. Diese Kompensationen sind daher, sofern nicht vertraglich vereinbart, nicht zulässig.[136]

Es herrscht daher auch einhellig Übereinstimmung, daß ein Dritter nicht in der Lage ist, im Rahmen des § 267 BGB durch Aufrechnung die gegen den Schuldner gerichtete Forderung zum Erlöschen zu bringen,[137] sondern daß er die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen hat, sofern nichts anderes vereinbart ist.[138]

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß sowohl die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, als auch die Tilgung der Schuld eines Dritten durch Aufrechnung im Gesetz keine Stütze finden. Diese beiden Arten der Kompensation sind also nur dann zulässig, wenn sie vertraglich vereinbart wurden.

3. Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten bzw. gegen die Schuld eines Dritten - vertraglich vereinbart

a) Grenzen der Vertragsfreiheit

Die Gemeinschaft erkennt den einzelnen als Persönlichkeit nicht nur durch Respektierung dessen Persönlichkeits- und Eigentumssphäre an, sondern auch dadurch, daß sie ihm die Möglichkeit einräumt, seine privaten Angelegenheiten frei zu gestalten. Überträgt man dieses Postulat der freien Gestaltung auf Angelegenheiten, die vertraglich mit Dritten geregelt werden sollen, so handelt es sich hierbei um das Prinzip der Vertragsfreiheit.[139]

---

136) Vgl. S. 42

137) Palandt-Danckelmann, Anm. 3 zu § 267; BGB-RGRK, Anm. 6 zu § 267; RGZ 65, 162; RGZ 78, 382 (384); RGZ 119, 1 (4); RG HRR 1933, 994; KG JW 1928, 2563 Nr. 4 läßt zwar gegen die hM die Hinterlegung als "Leistung" seitens eines Dritten zu, stellt jedoch ausdrücklich fest, daß eine Aufrechnung seitens eines Dritten nicht dem geltenden Rechte entspricht; P. Oertmann, in einer Anmerkung zu eben genannter Entscheidung des KG, JW 1928, 2563 (2564).

138) Von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, die hier nicht zutreffen, abgesehen - vgl. die §§ 268, 1142, 1150, 1223, 1224, 1249 BGB.

139) Larenz, Schuldrecht § 5.

Zwar kommen im Privatrecht Verträge auf allen Einzelgebieten vor, so im Sachen-, Familien- und Erbrecht; aber dennoch ist das Schuldrecht das Hauptgebiet der rechtsgestaltenden Betätigung des individuellen Willens.

Daher können vertragsmäßig Schuldverhältnisse mit jedem überhaupt zulässigen Inhalt gestaltet, d.h. begründet, verändert oder aufgehoben werden. Die Frage ist jedoch, wo die Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit liegen. Die schöpferische Kraft des gestaltenden schuldrechtlichen Vertrages vermag sich nur innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit zu entfalten.[140] Diese Grenzen sind unter dem Einfluß der germanischen Grundanschauungen im modernen Recht enger gezogen als im römischen und gemeinen Recht.

Schuldrechtliche Verträge, durch die bestehende Forderungen aufgehoben werden, können also nur insoweit rechtliche Wirksamkeit entfalten, als sie innerhalb des Rahmens der Verfügungsmacht der Vertragsteile geschlossen werden.[141]

Als allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit kann der Satz gelten, daß durch die Vertragsabreden nicht die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit beeinträchtigt werden dürfen. Darüber hinaus kann als Grenze der Verpflichtungskraft schuldrechtlicher Verträge festgestellt werden, daß eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung rechtsgeschäftlich nicht begründet werden kann - § 306 BGB - und daß schuldrechtliche Verträge dann keine Wirksamkeit besitzen, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen.[142] O.v. Gierke[143] sagt hierzu sehr treffend, daß die Rechtsordnung zwar die

---

140) Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, München-Leipzig, 1917, S. 110, 111.

141) hM; vgl. Enneccerus-Lehmann, § 69 I; Larenz, Schuldrecht § 27 III f; Zorn, Aufrechnungsverbote, S. 107; Erman-Westermann Anm. 2 vor § 387; RG Warn 1912 Nr. 66; RGZ 72, 377 (378).

142) Larenz, Schuldrecht, § 5 II b.

143) v. Gierke, Schuldrecht, S. 114.

Verwirklichung des Sittlichen der Freiheit überläßt, sich aber nicht dazu hergibt, das Unsittliche zu legalisieren, und versagt daher dem unsittlichen Vertrage schlechthin jede schuldbegründende Kraft. Auch eine inhaltlich zulässige Selbstbeschränkung der Freiheit verstößt gegen die guten Sitten, sobald sie das Maß überschreitet, jenseits dessen sie in Selbstvernichtung oder Selbstverstümmelung der sittlichen oder wirtschaftlichen Persönlichkeit ausartet.

Nichtig sind schließlich schuldrechtliche Verträge, die gegen die Normen zwingenden Rechtes verstoßen. Diese Rechtssätze sind als Beschränkungen anzusehen, die modernem Rechtsdenken gemäß die Möglichkeit einer Selbstbindung einschränken.[144)]

Diese Schranken der Wirksamkeit schuldrechtlicher Verträge lassen jedoch den Grundsatz unberührt, daß Verpflichtungen nach dem Willen der Beteiligten gestaltet werden können. Die Schranken sind lediglich als Ausnahmesätze anzusehen; stehen keine Ausnahmesätze entgegen, so kann der Einzelne durch Rechtsgeschäft jedwede schuldrechtliche Verpflichtung eingehen. Grundsätzlich bedarf es zur Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Abschlusses eines Vertrages (§ 305 BGB).

Im Schuldrecht können Gläubiger und Schuldner in den oben aufgezeigten Grenzen der Vertragsfreiheit grundsätzlich gemeinsam Verfügungen über die bestehenden Verpflichtungen vornehmen oder vorbereitend vereinbaren. Sie sind mithin auch befugt, vertragsmäßig in diesen Grenzen Vereinbarungen über die Aufrechnung der ihnen zustehenden Forderungen zu treffen, d.h. in den Grenzen der bestehenden Verfügungsmacht die (zukünftige) Aufhebung ihrer Forderungen zu vereinbaren.

---

144) v. Gierke, Schuldrecht, S. 116.

Diese Kompensationsverträge finden ihre Schranken also dort, wo entweder die oben dargelegten Grenzen der Vertragsfreiheit: Unmöglichkeit, Unsittlichkeit u.a., oder wo sonstige zwingende Normen dieser Vertragsfreiheit hemmend entgegenstehen.

Gegen die Zulässigkeit des Aufrechnungsvertrages ergeben sich also, soweit ersichtlich, keine grundsätzlichen Bedenken. Seine Rechtsnatur ist aber, ebenso wie die der gesetzlichen Aufrechnung,[145] heftig umstritten.[146] Dies ist aber lediglich eine Konstruktionsfrage und für die vorliegende Arbeit ohne weitere Bedeutung.

b) Der Aufrechnungsvertrag

Der Aufrechnungsvertrag ist an die Voraussetzungen der §§ 387 ff BGB nicht gebunden[147]: er erfordert insbesondere nicht notwendig die Fälligkeit,[148] Gleichartigkeit[149]

---

145) Vgl. S. 37, Fußn. 125 auf S. 40.

146) Nach Siebert-Reimer Schmidt Rdn. 3 vor § 387 ist er ein gegenseitiger Erlaßvertrag; unter Hinweis auf Staudinger-Werner Anm. II vor § 387 ff und weiteren dort angeführten Nachweisen behauptet Reimer Schmidt, daß dies die hM sei; ebenso Erman-Westermann Anm. 2 vor § 387; nach Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, BürgA 21, 178 zwei selbständige Erlaßverträge; nach Enneccerus-Lehmann, § 69 I, Larenz, Schuldrecht, § 27 III f, BGB-RGRK Anm. 20 vor § 387 und Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 387 ein gegenseitiger Erfüllungsersetzungsvertrag.

147) hM, vgl. RGZ 72, 377 (378); bezügl. Gleichartigkeit vgl. aber Fußn. 149

148) hM, vgl. Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 3 vor § 387; RGZ 104, 186 (188).

149) Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 3 vor § 387; RG Recht 1916 Nr. 411; BGHZ 1,23 (28): Verrechnung von Saatgut und Ernte - aA BGB-RGRK Anm. 21 vor § 387; Larenz, Schuldrecht, § 27 III f; RG JW 1911, 711 f, wo bei fehlender Gleichartigkeit nicht Aufrechnung, sondern Hingabe an Zahlungsstatt angenommen wird: "Die Gleichartigkeit des Gegenstandes aber ist derart wesentliches Begriffsmerkmal, daß es auch durch Aufrechnungsvertrag nicht überwunden werden kann". - Dieses Problem ist aber für die vorliegende Arbeit ohne Belang.

oder Gegenseitigkeit der Forderungen. Fehlt die Gegenseitigkeit, also bei der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten oder gegen eine gegen einen Dritten gerichtete Forderung, wie bei den beiden Varianten der KVK, so ist zur Wirksamkeit der Aufrechnung lediglich erforderlich, daß beide Parteien über die zur Kompensation gebrachten Forderungen verfügen können.[150)]

Im Falle der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, also bei der 1. Variante der KVK, ist dies der bedeutsame Unterschied zur Aufrechnungsermächtigung;[151)] denn durch die Ermächtigung wird nur das in der Person des Dritten, des Inhabers der Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, liegende Hindernis beseitigt, während die dem Schuldner durch die Aufrechnung aufgezwungene Duldung des Verlustes seiner Forderung durch die Aufrechnungserklärung eines "Außenstehenden" nicht lediglich durch die Ermächtigung des Dritten begründet, sondern auch von dem Schuldner zugelassen werden muß. Dies wiederum ist, will man sich nicht der Unsicherheit aussetzen, ob der Schuldner der Aufrechnung durch einen ermächtigten Nichtgläubiger zustimmt,[152)] nur durch eine im voraus getroffene vertragliche Vereinbarung zu erreichen; denn hiergegen bestehen, wie gesagt, keine Bedenken, da ja der Schuldner die Verfügungsmacht über seine eigene Forderung besitzt, kann er auch darin einwilligen, daß ein Ermächtigter gegen diese Forderung mit der Forderung eines Dritten kompensiert.[153)]

---

150) Vgl. Fußn. 141 auf S. 45.

151) Vgl. S. 33 ff.

152) Also Einwilligung in die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten durch Vertragsschluß durch konkludentes Handeln (hier besser: Dulden); vgl. S. 57 ff.

153) Aufrechnungsverbote im Interesse einer Partei - z.B. die §§ 393, 394 BGB - schließen die Gültigkeit eines Aufrechnungsvertrages nicht aus; dies ist nur dort der Fall, wo ein Verbot Drittinteressen dient, wie § 19 Abs. 2 GmbHGes, der die Aufrechnung der Einlagepflicht mit einer Forderung für überlassene Gegenstände ausschließt, BGB-RGRK Anm. 20 vor § 387. Ein solches Verbot ist aber im Falle der Kompensation mit der Forderung eines Dritten nicht ersichtlich. - Hierzu ausführlich A. Zorn, Aufrechnungsverbote.

Bei der 2. Variante der KVK, der Kompensation zugunsten eines Dritten, ist die Lage insofern einfacher, als der Aufrechnende ja Inhaber der Forderung ist und der Gläubiger lediglich darin einzuwilligen braucht, daß der Aufrechnende zugunsten des Dritten kompensiert - wie schon dargelegt, ist die Einwilligung des Dritten nicht erforderlich, dies ergibt § 267 BGB -, obwohl sie innerhalb eines Konzerns vorliegen dürfte, da es im Gesamtinteresse des Konzerns liegt.

aa) Definition des Begriffes "Aufrechnungsvertrag" und Subsumtion der KVK

Unter der vertraglichen Aufrechnung kann im Gegensatz zu der in den §§ 387 ff BGB normierten Aufrechnung verschiedenes verstanden werden:

1. Ein Aufrechnungsvertrag, durch den nicht nur die Kompensationsmöglichkeit geschaffen werden, sondern die Aufrechnung als Verfügungsgeschäft als vollzogen gelten soll, sei es
   a) als sofort wirkend, oder
   b) als zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bei Eintritt einer bestimmten Bedingung wirkend.[154)]

   Ein solcher Vertrag hat also zweierlei zum Inhalt, nämlich zum einen die (schuldrechtliche) Vereinbarung, durch die Forderungen, für die die gesetzlichen Voraussetzungen der Kompensation nicht vorliegen, kraft Parteiwillens für aufrechenbar erklärt werden. Zum anderen umfaßt dieser Vertragstypus auch den Vollzug der Kompensation, also die Verfügung über die Forderungen, sei sie bedingt oder unbedingt.

2. Ein Aufrechnungsvertrag, durch den lediglich die Möglichkeit eröffnet wird, demnächst unter bestimmten Voraussetzungen durch einseitige Erklärung zu kompensieren.

---

154) BGB-RGRK Anm. 20 vor § 387.

Durch diesen Vertrag wird also lediglich (schuldrechtlich) vereinbart, daß, um die Aufrechnung zu ermöglichen, bezüglich der zur Kompensation gelangenden Forderungen von den gesetzlichen Erfordernissen der Aufrechenbarkeit abgesehen wird. Eine Verfügung, sei sie bedingt oder unbedingt, enthält diese Art Aufrechnungsvertrag nicht; die Kompensation bedarf zu ihrem Vollzug noch der (verfügenden) Aufrechnungserklärung.

Dieser zweite Typus des Kompensationsvertrages ist von dem erstgenannten scharf zu trennen, was aber im Schrifttum nicht immer der Fall ist.[155] Da dieser Aufrechnungsvertrag lediglich die Kompensationsmöglichkeit schafft, die Aufrechnung selbst aber nicht, wenn auch eventuell bedingt, vollzieht, ist ein solcher Vertrag als V o r vertrag zu bezeichnen.[156]

Bei beiden Varianten der KVK ist aus der Formulierung der Vereinbarung[157] ersichtlich, daß die Kompensation nicht ipso jure, sondern erst durch die Erklärung des Partners vollzogen werden soll; es handelt sich bei dieser Vereinbarung also keinesfalls um eine bedingte Aufrechnung dergestalt, daß, sofern eine zukünftige Forderung in den Vertrag einbezogen wurde, sich sofort nach dem Existentwerden der Forderung die Kompensation von Rechts wegen vollziehen soll.[158]

---

155) Vgl. E. Arndt, Über den Aufrechnungsvertrag des bürgerlichen Rechts in Theorie und Praxis, Diss. Halle 1911, S. 10.

156) BGB-RGRK Anm. 20 vor § 387; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, S. 590 bezeichnet ihn als "pactum de nominibus compensandis" im Gegensatz zur "compensatio in praeteritum". - Bei F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 9. Aufl., Berlin 1903, § 146, S. 837, Fußn. 13 findet man hierfür den Ausdruck "pactum de compensando".

157) "wir sind ermächtigt ... aufzurechnen", vgl. S. 8.

158) Wie dies N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, S. 1979 offensichtlich annehmen.

Trotzdem wäre es denkbar, die KVK insofern als bedingt verfügenden Vertrag anzusehen, als die Bedingung in der Erklärung des Kompensierenden liegt, diese Erklärung also nur den Vollzug der antizipierten Verfügung auslöst. Diese Mitteilung wäre also keine Aufrechnungserklärung im technischen, verfügenden, Sinne, sondern nur das durch die Bedingung vorgesehene Ereignis, das der vorweggenommenen Verfügung zur Wirksamkeit verhilft.[159)]

Es ist aber auch möglich, die KVK als Aufrechnungs-v o r vertrag anzusehen. Was rechtlich von den Parteien gewollt ist, ist von der Absprache und der Handhabung des Instituts durch die Parteien abhängig.

a) Liegen beide zur Aufrechnung kommenden Forderungen bei Abschluß des Vertrages schon vor, so bestünde, sofern man die KVK als bedingt verfügende Vereinbarung klassifiziert, die zum Vollzug der Kompensation erforderliche Bedingung darin, daß die Aufrechnung "erklärt" wird, wie schon dargelegt, nicht verfügend, da die Verfügung schon vorweggenommen wurde.

b) Besteht aber keine - oder nur eine - der zur Kompensation herangezogenen Forderungen bei Vertragsschluß, so wäre dieser Vertrag in zweifacher Hinsicht bedingt geschlossen: erstens unter der aufschiebenden Bedingung des Existentwerdens der Forderung bzw. Forderungen und zweitens unter der Bedingung der "Erklärung" der Aufrechnung; "Erklärung" hier wiederum nicht im verfügenden Sinne.

---

159) Eine solche Vertragsausgestaltung - bedingt verfügender Aufrechnungsvertrag mit nachfolgender (untechnischer) Erklärung als den Vollzug bewirkende Bedingung - wäre allerdings schon in bedenklicher Nähe einer Umgehung des Aufrechnungsvorvertrages zuzüglich nachfolgender (verfügender) Aufrechnungserklärung; der Zweck wäre eine Vorverlegung der Verfügung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages bei Eintritt der Bedingung. Aber selbst diese Möglichkeit soll noch als rechtens und möglich zugestanden werden.

Gerade in letzterem Fall liegt eine juristisch schon recht komplizierte Gestalt vor, nämlich die bedingte Verfügung über eine - oder zwei - noch nicht existente Forderungen, deren Entstehen darüber hinaus ungewiß ist.

Gegen eine solche rechtliche Konstruktion bestehen erhebliche Bedenken,[160] so daß die Parteien, da sich ihnen ein anderer Weg anbietet, der zum gleichen Ergebnis führt, aber juristisch einfacher und unangreifbarer ist, diesen beschreiten werden.

Er besteht darin, daß durch den Abschluß der KVK lediglich ein Aufrechnungsvorvertrag gewollt ist. Dieser Vertrag besagt lediglich, daß zum Zwecke der Kompensation von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit bei gegenwärtigen oder zukünftigen Forderungen abgesehen wird.

Für diese Annahme, daß lediglich ein Vorvertrag gewollt ist, spricht ferner, daß bei dem Abschluß der KVK die anderweitige Geltendmachung der Forderungen nicht ausgeschlossen wird, ja, daß die Kompensation nicht einmal als bevorzugter Erlöschensgrund der Forderungen ins Auge gefaßt wird, sondern daß die Parteien davon ausgehen, daß die Forderungen durch Zahlung beglichen werden. Wer aber primär an die Tilgung der Schuld durch Leistung denkt, wird, wenn er schon einen Aufrechnungsvertrag schließt, kaum einen bedingt verfügenden schließen, sofern er die Möglichkeit hat, dasselbe, nämlich seine Sicherung, durch einen lediglich schuldrechtlich wirkenden Vertrag zu erreichen.

Durch die KVK soll dem Vertragspartner lediglich das "Recht des rechtlichen Könnens" verliehen werden, um in einer Ausnahmesituation aufrechnen zu können; auch dies spricht für die Annahme, daß bei Abschluß der KVK nur ein schuldrechtlicher Aufrechnungs(vor)vertrag gewollt ist.

---

160) Vgl. N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1979.

Zu diesem Ergebnis kommt auch Börner,[161] der zwar in seinen Ausführungen von Aufrechnungsvertrag spricht, aber damit einen Aufrechnungs v o r vertrag meint, was lediglich deswegen nicht auch in der Bezeichnung klar zum Ausdruck gelangt, da, wie schon auf S. 50 gesagt, meistens der Terminus "Aufrechnungsvertrag" sowohl für den auch (bedingt) verfügenden als auch für den lediglich schuldrechtlichen Kompensationsvertrag verwandt wird.

Danckelmanns[162] Meinung bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung der KVK ist nicht ohne weiteres zu ermitteln. Seinen Ausführungen über den Aufrechnungsvertrag stellt er voran, daß dieser Vertragstypus von dem (schuldrechtlichen) Aufrechnungsvorvertrag zu scheiden sei. Danckelmann führt dann u.a. weiter aus, daß die Skontration[163] auf einem Aufrechnungsvertrag beruhe. Dieser Aufrechnungsvertrag ist aber, da er die der Verrechnung vorangehende Vereinbarung enthält, nach hM[164] und auch nach Danckelmanns Definition, obwohl er die Skontration lediglich einen Aufrechnungsvertrag nennt, ein Aufrechnungs v o r-vertrag. Es muß also gefolgert werden, daß Danckelmann zwar auf den Unterschied zwischen Aufrechnungsvorvertrag und Aufrechnungsvertrag, der auch die Verfügung mitumfaßt, hinweist, sich selbst aber in der Terminologie, wie fast allgemein üblich, einer Trennung nicht befleißigt.

Unmittelbar nach der Kommentierung der Skontration, die Danckelmann zwar Aufrechnungsvertrag nennt; aber als Vorvertrag wertet, wendet sich Danckelmann der KVK zu. Auch sie bezeichnet er als Aufrechnungsvertrag. Da Danckelmann aber, wie schon ausgeführt, unter der Bezeichnung "Auf-

---

161) B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1506.

162) Bei Palandt-Danckelmann Anm. 2 zu § 387.

163) Skontration ist die vertragliche Verrechnung von Forderungen unter mehr als zwei Personen auf Grund allseitiger Vereinbarung; vgl. hierzu ausführlich die S. 94 ff.

164) Vgl. S. 49, 50.

rechnungsvertrag" sowohl den auch verfügenden als auch den lediglich schuldrechtlichen versteht, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, was in diesem Falle gemeint ist.

Da Danckelmann aber die KVK im Anschluß an die Skontration, die ein auf einem Vorvertrag basierendes Institut ist, behandelt, liegt der Schluß nahe, daß auch Danckelmann die KVK als Vorvertrag wertet.

Auch Rasch[165] bezeichnet die KVK als (lediglich) schuldrechtlichen Aufrechnungsvertrag, also als Vorvertrag. Er begründet dies damit, daß der Abschluß d i n g l i c h e r Rechtsgeschäfte zugunsten oder zu Lasten eines Konzerns als solchem nach geltendem Recht nicht möglich sei. Dagegen ist nach Rasch der Abschluß s c h u l d r e c h t l i c h e r Rechtsgeschäfte mit Wirkung auch für und gegen Konzernunternehmen in weitem Umfange üblich. Als erstes Beispiel hierfür nennt Rasch die KVK.

Das wohl gewichtigste Argument für die hier vertretene Ansicht, daß die KVK ein Aufrechnungsvorvertrag ist, ist deren Handhabung in praxi, wie sie auch in der Entscheidung des BGH in BB 1966, 719 zutage tritt. In diesem Rechtsstreit - darauf wurde schon eingangs verwiesen[166] - war lediglich die Frage zu entscheiden, ob die Aufrechnungserklärung erfolgt war, woraus zu schließen ist, daß die Parteien und auch der BGH die KVK als Aufrechnungsvorvertrag werteten, der zu seinem Vollzuge noch der Aufrechnungserklärung bedurfte.

---

165) H. Rasch, Konzernrecht, S. 183.

166) Vgl. S. 9 bes. Fußn. 33.

Lediglich Pfeiffer-Franken[167] sind, allerdings ohne Begründung, offensichtlich der Meinung, die KVK sei ein bedingt verfügender Vertrag. Diese Ansicht muß aber nach all dem Vorgetragenen als widerlegt gelten, so daß als Ergebnis festzuhalten ist, daß die KVK einen Aufrechnungsvorvertrag darstellt.

bb) Abschluß und Vollzug der KVK (1. Variante)

Da Verträge nur inter partes wirken, ist zum gültigen Abschluß der 1. Variante der KVK die Zustimmung des Dritten, des Inhabers der Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, nicht erforderlich. Selbst wenn der Dritte nachträglich seine Forderung dem Schuldner zur Kompensation nicht zur Verfügung stellt, hat dies auf die Gültigkeit des Aufrechnungsvorvertrages keinen Einfluß.

Anders liegt aber der Fall bezüglich der Aufrechnungserklärung[168], da diese auch eine Verfügung[169] über das

---

167) N. Pfeiffer-P.Franken, Konzernverrechnungsklausel, NJW 1960, 1979 kommen daher auch zu dem Ergebnis, daß die KVK wirkungslos sei, da weder die einzelne zur Aufrechnung gestellte Forderung bestimmbar sei, noch festgestellt werden könne, ob tatsächlich einmal aufgerechnet werde. Solche für den Fall der Entstehung irgendeiner Forderung im voraus abgeschlossene Aufrechnungsverträge seien wegen ihrer völligen Unbestimmbarkeit wirkungslos. Unterstellt man die Richtigkeit dieses Arguments, so geht es doch deswegen fehl, weil es sich bei der KVK lediglich um einen Vorvertrag handelt. Hierbei vollzieht sich die Kompensation eben nicht ipso jure, und daher von den Parteien eventuell unbemerkt, sondern zum Vollzug ist eine Aufrechnungserklärung erforderlich. Von dieser ist aber zu fordern, daß sie die Forderung, die zur Kompensation herangezogen wird, genau bezeichnet, da sonst der Schuldner trotzdem im unklaren bleibt. Die Bezeichnung der Forderung ist aber ohne weiteres möglich, da es sich um die Kompensation schon existenter Forderungen handelt und nicht um eine bedingte Verfügung über zukünftige Forderungen, deren Entstehen ungewiß ist.

168) die mit ihrem Zugange die sich gegenüberstehenden Forderungen in entsprechender Höhe zum Erlöschen bringt.

169) s.S. 40.

Forderungsrecht des Dritten darstellt; ihrer Natur nach ein einseitiges Rechtsgeschäft i.S. d. § 180 BGB ist.[170] Bei einem solchen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig, eine Aufrechnungserklärung ohne erforderliche Ermächtigung seitens des Rechtsträgers grundsätzlich nichtig und nicht genehmigungsfähig;[171] schwebende Unwirksamkeit tritt nur ein, wenn der Aufrechnende behauptet, der Dritte habe zugestimmt und der Gläubiger das nicht beanstandet oder wenn der Gläubiger mit dem Fehlen der Zustimmung einverstanden ist.[172]

Erklärt der Ermächtigte die Aufrechnung, so kann der Gläubiger der gegen den Ermächtigten gerichteten Forderung, sofern sich aus dem Vertrage nichts anderes ergibt, die Erklärung unverzüglich zurückweisen, wenn der Ermächtigte die Einwilligung des Rechtsträgers nicht in schriftlicher Form vorlegt oder der Dritte nicht seine Einwilligung dem Gläubiger mitgeteilt hat, §§ 182 Abs. 3, 111 Satz 2 und 3 BGB. Gem. § 183 BGB ist die Einwilligung, also die Ermächtigung zur Aufrechnung, bis zur Vornahme der Aufrechnung widerruflich, sofern sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis[173] oder der Erklärung des Ermächtigten nichts anderes ergibt.

Durch den gültigen Widerruf wird das Recht des Ermächtigten hinfällig; der Lieferant ist aber nach Analogie der Vorschriften über den Rechtsschein der Vollmacht zu schützen.[174]

---

170) Palandt-Danckelmann, Übbl vor § 104, Anm. 3a und 3d; Esser, Schuldrecht, § 73 Anm. 4.

171) hM; Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 180; BGH NJW 1954, 266 (268).

172) Vgl. § 180 Satz 2 BGB: es gelten dann die §§ 177-179 BGB, eine Genehmigung ist also möglich; während der Schwebezeit hat der Gläubiger ein Widerrufs- bzw. Beanstandungsrecht.

173) Zwischen Schuldner und Dritten (=Forderungsinhaber).

174) Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2 a.E.;
Larenz, Schuldrecht, § 30 VI, allerdings in bezug auf die Vollmacht zur Einziehung einer Forderung.

cc) Abschluß und Vollzug der KVK (2. Variante)

Für den Abschluß der 2. Variante der KVK ergeben sich im Gegensatz zur 1. Variante keine Besonderheiten, da hierbei der Forderungsinhaber selbst den Vorvertrag schließt und auch selbst die Aufrechnung erklärt. Daß er auch ohne Kenntnis seitens des konzernangehörigen Schuldners zu dessen Gunsten aufrechnen kann, ergibt sich aus § 267 BGB.[175] Diese Vorschrift verbietet lediglich im Interesse des Gläubigers die Aufrechnung zugunsten des konzernangehörigen Schuldners, gestattet aber die Leistung als solche, so daß, sofern der Gläubiger mit der Kompensation einverstanden ist,[176] der Aufrechnung der § 267 BGB nicht entgegensteht.

dd) Die verschiedenen Arten des Abschlusses der KVK - vornehmlich durch Aufnahme in die allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die KVK kann, ebenso wie jeder andere Vertragstypus, auf verschiedene Arten vereinbart werden:

1. ausdrücklich durch Vereinbarung bei Abschluß des Vertrages, der die Forderung des Lieferanten begründet,

2. konkludent; denn ein Aufrechnungsvorvertrag kann wie jeder andere Vertrag auch stillschweigend geschlossen werden. Dies könnte allerdings zu der Annahme verführen, daß im Schweigen des Gläubigers auf die Aufrechnungserklärung der Abschluß eines Aufrechnungsvertrages u n d die gleichzeitige Tilgung zu erblicken wäre; dies ist aber nicht ohne weiteres anzunehmen,[177]

175) Vgl. S. 43

176) Palandt-Danckelmann, Anm. 3 zu § 267.

177) RG Recht 1920 Nr. 2826; die Aufrechnung mit Forderungen Dritter könnte bei Nichtvorliegen eines Aufrechnungsvorvertrages zu einer Überrumpelung des Aufrechnungsgegners führen. Denn widerspricht dieser nicht sofort der Kompensation, so könnte zu seinen Ungunsten angenommen werden, daß die KVK konkludent zustande kam, was allerdings rechtlich durchaus möglich ist (so RGZ 104, 186 (188) bezüglich eines durch schlüssiges Verhalten abgeschlossenen Aufrechnungsvorvertrages und gleichzeitig

Fortsetzung von Fußn. 177 von S. 57

eingetretenen Erlöschens der Forderungen). - Dieses Problem ist nach den Grundsätzen über die Vertragsannahme durch konkludentes Handeln zu lösen. Die Annahme eines Vertrages ist, abgesehen von dem Falle des § 151 BGB, eine empfangsbedürftige Erklärung; aber auch von der Annahme nach § 151 BGB, die erklärungs-, jedoch nicht zugangsbedürftig ist, ist die Annahme durch Schweigen scharf zu trennen. Grundsätzlich gilt Schweigen im Rechtsverkehr als Ablehnung, auch im Handelsverkehr (hM, vgl. Erman-Westermann, Anm. 8 zu § 151; Schlegelberger-Hildebrandt, Handelsgesetzbuch, 3. Band, 4. Aufl., Berlin-Frankfurt 1965, Rdn. 113 zu § 362; BGH JZ 51, 783); nur ausnahmsweise bedeutet Schweigen Annahme: § 516 Abs. 2 S. 2 BGB, §§ 91a Abs. 1, 362 Abs. 1 S. 1, § 386 Abs. 1 HGB; ähnlich die §§ 416 Abs. 1 S. 2, 496 S. 2 BGB, oder begründet eine Schadensersatzpflicht: § 663 BGB, § 44 BRAO. Rechtlich beachtlich kann das Schweigen jedoch dann sein, wenn der Gegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte oder den Handelsbrauch eine ausdrückliche Ablehnung erwarten konnte (RGZ 58, 66 (69); RG Gruch 59, 350 (351); BGHZ 11, 1 (3); BGH LM Nr. 1 zu § 150 BGB). Damit kann dieser grundsätzlich nur rechnen, wenn zwischen den Beteiligten bereits eine nähere Beziehung besteht; dies setzen selbst die §§ 91 a, 362 Abs. 1 S. 1, 386 Abs. 1 HGB voraus. So kann sich insbesondere bei einer dauernden Geschäftsverbindung für den Angebotsempfänger die Pflicht ergeben zu widersprechen, andernfalls sein Schweigen nach Treu und Glauben als Zustimmungserklärung zu werten ist. - Handelt es sich jedoch nicht um ein beliebiges Geschäft des regelmäßigen kaufmännischen Verkehrs, sondern um ein außergewöhnliches, dann kann im Schweigen auf einen Antrag eine Annahme nach § 242 BGB nicht gefunden werden, RG Warn 1919 Nr. 131, S. 202. In dieser Entscheidung betrachtete das RG einen Vergleichsvorschlag als "eigenartiges und selten vorkommendes Geschäft" und wertete das Stillschweigen auf den Vorschlag nicht als Zustimmung. - Auch die Verrechnung von Forderungen, wie bei der KVK, ohne vorhergehenden Vertrag wird man als außergewöhnliches Geschäft im oben skizzierten Sinne ansehen müssen, so daß im Schweigen auf das Vertragsangebot und die Aufrechnungserklärung nicht ohne weiteres der Vertragsschluß und der Vollzug der Kompensation zu erblicken ist. Es ist hierbei auf den Einzelfall abzustellen und letztlich eine Frage, die der Tatrichter zu entscheiden hat; vgl. hierzu auch S. 103, insbes. Fußn. 326.

3. durch Aufnahme in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen[178] (AGB).

Da letztgenannte Art des Abschlusses der KVK in der Praxis überwiegen dürfte, so soll hierzu etwas eingehender Stellung genommen werden.

aaa) Widersprechen AGB der Vertragsfreiheit?

Gegen den Abschluß der KVK durch Formularverträge kann schon zunächst das grundsätzliche Bedenken erhoben werden, daß die Durchsetzung von AGB der auch in dieser Arbeit[179] betonten Vertragsfreiheit widerspricht, da die AGB doch die Gestaltungsfreiheit empfindlich, wenn nicht gänzlich einschränken. Die AGB sind meistens unabdingbar, weil der Unternehmer sich gewöhnlich zum Abschluß nur bereitfindet, wenn seine Vertragsbedingungen anerkannt werden; dem Kunden bleibt allein übrig, den Vertrag so zu schließen, wie es der Unternehmer wünscht, oder aber von dem Geschäft Abstand zu nehmen.

Diese Erscheinung ist aber kein Einzelfall; denn im heutigen Massenverkehr hat schon lange der Vertrag seinen individuellen Charakter verloren: Vertrags- und Erklärungsinhalt sind typisiert worden.[180] Dabei wird, worauf Raiser[181] zutreffend hinweist, das psychologische Element der Willenserklärung zurückgedrängt und entwertet; der Einzelne

---

178) OLG Düsseldorf, BB 1960, 422, will AGB sogar gelten lassen, wenn sie im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung auf R e c h n u n g e n vermerkt sind, also erst nach dem jeweiligen Vertragsschluß den Vereinbarungen hinzutraten; ebenso offensichtlich auch Larenz, Schuldrecht, § 8 IV Fußn. 1 - aA LG Kleve, BB 1960, 422 und LG Tübingen, NJW 1958, 792.
Allgemein anerkannt ist, daß Rechnungsvermerke dann relevant sind, wenn die erteilte Rechnung Bestandteil eines Bestätigungsschreibens ist, vgl. BGHZ 7, 187 (189 f).

179) Vgl. S. 44.

180) Vgl. S. 57 f.

181) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Homburg v.d.H., 1961, S. 148.

fühlt sich dem Unternehmer gegenüber machtlos und hofft lediglich, daß sich die Vertragsgestaltung für ihn annehmbar entwickelt. Der Individualvertrag der klassischen Vertragslehre ist heutzutage die Ausnahme, so daß eine weit verbreitete Meinung[182] sogar von "Unterwerfung" spricht, da der Abschluß von Verträgen unter Bezugnahme auf AGB (sachlich) kaum noch als echte vertragliche Vereinbarung der in ihnen enthaltenen Einzelregelungen angesehen werden könne.[183]

Der Begriff "Unterwerfung" gibt zwar den soziologischen Befund wieder, daß der Vertragsgegner häufig, aber keineswegs immer, nur die Wahl hat, entweder die AGB anzuerkennen oder auf den Abschluß eines Vertrages gänzlich zu verzichten. Diese Wertung ist aber rechtlich nicht ganz zutreffend und führt, wenn man mit dem Institut der Unterwerfung Ernst macht, zu sachlich nicht gerechtfertigten Folgerungen über den Vertragsschluß.[184] Eine Unterwerfung würde begrifflich voraussetzen, daß sich die Vertragsparteien bereits in Geltung befindlichen Regeln unterordnen, wie dies z.B. beim Eintritt neuer Vereinsmitglieder in einen bestehenden Verein hinsichtlich der Unterwerfung

---

182) Larenz, Schuldrecht, § 8 IV; RG DR 1941, 1210 (1212); BGHZ 17, 1 (2); BGH MDR 1959, 913.

183) Vgl. hierzu H. Meeske, Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959, 859.

184) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 163 Fußn. (25 u.) 26: "Ein Irrtum über den Inhalt der AGB müßte dann unbeachtlich sein, weil sich die Willenserklärung nicht mit auf den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern allein auf die "Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung" bezieht.

unter die Satzung der Fall ist.[185]

Die hier zu betrachtende Vereinbarung hat demgegenüber nicht die Unterordnung unter bereits in Geltung befindliche Regeln zum Gegenstand, sondern bezweckt gerade, die AGB als Inhalt von Einzelverträgen erst in Geltung zu setzen. Es liegt daher eine normale rechtsgeschäftliche Vertragsannahme vor; weder die möglicherweise vorhandene Ungleichheit der wirtschaftlichen Macht der beiden Vertragspartner, noch der nicht nur bei der Vereinbarung von AGB vorkommende Umstand, daß der Vertragsgegner den Inhalt dieses Teils des Vertragsangebotes nicht kennt, vermögen daran etwas zu ändern.[186]

Die Bedenken wegen der doch nicht zu verkennenden Einschränkung der Vertragsfreiheit werden aber um so mehr zerstreut, wenn man sich vergegenwärtigt, daß in bestimmten Lebensbereichen selbst für die A b s c h l u ß freiheit, im Gegensatz zur bislang behandelten G e s t a l t u n g s freiheit, tatsächlich nur ein geringer Spielraum vorhanden ist. Beides kann zwar faktisch sehr eng mit-

---

185) H. Meeske, AGB, BB 1959, 858 läßt dieses Argument nicht gelten, da er die Unterwerfung unter die AGB als Grund für ihre Anwendbarkeit sieht, während die Unterwerfung unter die Satzung eines Vereins der Inhalt des Rechtsgeschäftes (des Eintritts) sein soll. - Meeske geht dabei zu Unrecht davon aus, daß der Inhalt des Rechtsgeschäftes (Eintritt in den Verein) die Unterwerfung unter die Satzung sein soll. Der Eintritt ist aber ein Vertrag mit dem Verein (Enneccerus-Nipperdey § 112 II), aus dem Einzelrechte und Verpflichtungen entspringen (Enneccerus-Nipperdey, § 112 III), u.a. die Unterwerfung unter die Satzung. Der Meinung Meeskes zufolge müßte dann der Austritt aus dem Verein die Negation der Unterwerfung unter die Satzung sein; dies zeigt vielleicht am deutlichsten, daß seine Ansicht dem tatsächlichen Geschehen nicht gerecht wird.

186) Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI 2; Staudinger-Coing, Vorbem. 24a vor § 145; H. Meeske, AGB, BB 1959, 859; vgl. auch H. Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955, 265 f.

einander verbunden sein, wenn z.B. ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besitzt und man darauf angewiesen ist, mit ihm zu kontrahieren (Abschlußfreiheit) und gleichzeitig dessen AGB (Gestaltungsfreiheit) anzuerkennen.

Die Inanspruchnahme von Leitungswasser, Leuchtgas oder Elektrizität läßt von einem vertragsmäßigen Geschehen kaum noch etwas verspüren; die Leistungen werden, da man sie kaum missen kann, geradezu selbstverständlich in Empfang genommen und der dafür zu entrichtende Preis wird eher in Form einer Gebühr oder Steuer denn in Form eines K a u f preises bezahlt. Bei den sich immer wiederholenden Verträgen des täglichen Lebens geht das individuelle Moment immer mehr verloren; der Akt des Abschlusses ist normiert und die Auslegung erfolgt nach objektiven Gesichtspunkten, so daß sich auch AGB von der heute immer mehr vordringenden Art des typisierten Vertrages kaum noch oder gar nicht mehr unterscheiden, also der Vorstellung vom Vertrage durchaus entsprechen.[187]

Es gilt letztlich auch zu bedenken, daß auch derjenige, der seine AGB "durchsetzt", der also der wirtschaftlich stärkere sein mag, ebenfalls eine Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit erduldet, wie sie jeder Vertragsschluß seiner Natur nach enthält.[188]
Dieser Exkurs in die Vertragsrealität möge ausreichen um darzulegen, daß gegen den A b s c h l u ß der KVK, sofern er durch Aufnahme in die AGB erfolgt, kaum Bedenken bestehen können.

bbb) Bewertung sich widersprechender AGB

Eines der gegen die Gültigkeit der KVK vorgebrachten Argumente[189] knüpft daher nicht bei der grundsätzlichen

---

187) H. Meeske, AGB, BB 1959, 859.

188) Siebert-Hefermehl, Rdn. 52 zu § 138.

189) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1977; sie beziehen ihre Ausführungen zwar nur auf die 1. Variante der KVK; aber sinngemäß gelten ihre Darlegungen jedoch für beide Varianten der KVK, da sie formularmäßige Lieferungsbedingungen an sich betreffen.

Frage eines eventuellen Verstoßes gegen die Vertragsfreiheit an, sondern richtet das Augenmerk vielmehr auf den Abschluß selbst.

Pfeiffer-Franken halten den Abschluß dieses Aufrechnungsvorvertrages in vielen Fällen deshalb für problematisch, da formularmäßige Einkaufs- und Lieferungsbedingungen häufig einander entgegenstehen und möglicherweise jeder Vertragspartner den Bestimmungen des anderen "ausdrücklich widerspricht"; aber trotzdem fortlaufend bezieht oder verkauft. Unter Umständen kann also, wie Pfeiffer-Franken folgern, schon hieran eine rechtsgültige Vereinbarung der KVK scheitern. Diese Frage läßt sich aber unter Hinweis auf § 150 Abs. 2 BGB lösen. Übersendet A dem B ein Angebot, das eine Bezugnahme auf seine AGB enthält, und bestätigt B unter Bezugnahme auf seine abweichenden AGB das Angebot des A, so muß dieser, da die Bestätigung des B gem. § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot gilt, dem Bestätigungsschreiben widersprechen, andernfalls die AGB des B als vereinbart gelten.[190]

Widersprechen beide wechselseitig den AGB des Vertragspartners, beginnen aber nichtsdestotrotz mit der Ausführung des Vertrages, da ihnen das Geschäft wichtiger erscheint als der Streit um die AGB, so bleibt nur übrig, die Verweisungsversuche beider Parteien für mißlungen zu erklären,[191] aber trotzdem das Geschäft in seinem Kern,

---

190) Bezügl. des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 153 IV B 2a; BGH BB 1951, 456, Nr. 1181; BGHZ 7, 187 (189/190); Schlegelberger-Hildebrandt, Rdn. 82 f zu § 346.

191) Vgl. dazu ausführlich Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen S. 222 f.
Zu trennen ist aber hiervon der Fall der "protestatio facto contrario": es handelt sich hierbei um eine doppelzüngige Erklärung, die den Erklärungswert hat, der mit der objektiven Sachlage im Einklang steht. - Ein Großabnehmer will für Strom weniger als den Tarifpreis zahlen und erhebt gegen den Tarif wiederholt Widerspruch, bezieht aber laufend Strom; so RGZ 111, 310 (312); ebenso bei gleichem Sachverhalt BGH BB 1959, 831 Nr. 1438; BGHZ 21, 319 (333) betreffend die Benutzung eines Parkplatzes.

d.h. in seinen individuellen Abreden über Leistung und Gegenleistung, aufrechtzuerhalten, so daß die Regeln des BGB zur Anwendung gelangen.

Häufiger aber, als den AGB widersprochen wird, dürfte jedoch der Fall gegeben sein, daß der Vertragspartner sich überhaupt nicht dazu äußert. Bei Unternehmen, bei denen nach der Verkehrsauffassung der Vertragsgegner damit rechnen muß, daß sie nur zu ihren AGB abschließen, z.B. Banken, Versicherungen, Spediteure, Verkehrsunternehmen, genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme; anderenfalls muß der Kunde auf die AGB deutlich hingewiesen werden,[192] wie dies durch Zusendung der AGB oder Verweisung auf sie der Fall ist, so daß, sofern diesen Kriterien Genüge getan ist, an der Gültigkeit des Abschlusses der KVK durch Aufnahme in die AGB nicht gezweifelt werden kann.

Sollte man trotzdem im Einzelfalle zu dem Ergebnis gelangen, daß die KVK nicht wirksam vereinbart wurde, so hat das lediglich zur Folge, daß sie im konkreten Falle nicht angewandt werden kann; über ihre prinzipielle Unzulässigkeit bzw. Zulässigkeit vermag dieses Argument jedoch nichts auszusagen; über die Bewertung im Einzelfalle mögen die folgenden Ausführungen Aufschluß geben.

ccc) Korrektur von AGB durch die Rechtsprechung

Wie jede vertragliche Abmachung sind auch die AGB, um Auswüchse zu korrigieren und für die Zukunft zu verhindern, durch die Gerichte nachprüfbar; im folgenden soll dargelegt werden, welche Maßstäbe für diese Prüfung herangezogen werden können und ob die KVK dieser Prüfung standhält.

Die Rechtsprechung ging bei dieser Prüfung zunächst von der V e r t r a g s f r e i h e i t und der D u r c h-

---

192) hM; vgl. Larenz, Schuldrecht § 8 IV; BGHZ 1, 83 (86); 12, 136 (142); ausf. Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 70 ff (bes. 75 ff) zu § 346.

s e t z b a r k e i t der AGB aufgrund wirtschaftlicher Überlegenheit aus. So ist eine der ersten Entscheidungen des RG[193] auf diesem Gebiete noch von der übermächtigen Idee der Vertragsfreiheit diktiert: "So wenig billig und gerecht nun auch diese Abwälzung einer ... Haftung ... sein und so sehr sie das natürliche Verhältnis verschieben mag, so fehlt es doch, mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit, in dieser Beziehung an der Möglichkeit, der betreffenden Vereinbarung die Gültigkeit zu versagen."

Später sieht sich das RG[194] gezwungen, unter Hinweis auf die guten Sitten den Ausschluß der Haftung für eigenes grobes Verschulden für nichtig anzusehen. Der Senat lehnt dies zwar in casu ab, führt aber gleich hier beim ersten Versuch der Korrektur der AGB den Monopolgedanken[195] auf, der allerdings nicht als unerläßliches Tatbestandsmerkmal eines Sittenverstoßes gem. § 138 BGB angesehen wird. Diese Lehre vom Monopolmißbrauch wird lange Zeit beibehal-

---

193) RGZ 11, 100 (110) bezüglich in englischer Sprache abgefaßter Konnossementsklauseln (zwischen norddeutschem Lloyd und einer deutschen Firma):
"1.) Peril of navigation of whatever nature or kind soever excepted
2.) Freight earned, ship lost or not lost"

Nach der Beladung des Schiffes in Bremerhaven ist dieses dort - durch Verschulden der Mannschaft? - gesunken, da während der nicht dem Reglement entsprechenden gleichzeitigen Abwesenheit von Kapitän und Erstem Offizier Wasser in die offenen Kohlenpforten lief. Die Klage der Belader auf Schadensersatz wurde abgewiesen, der Widerklage des norddeutschen Lloyd auf Bezahlung der Frachtrate aber stattgegeben, obwohl die Beförderung nur in der Versenkung des Gutes im Heimathafen bestand!

194) RGZ 20, 115 (116) ebenfalls im Falle einer Freizeichnungsklausel.

195) aaO S. 117: "... wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweitigen Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen geboten wird, ..."

ten,[196] was Raiser[197] zu der Feststellung veranlaßt, daß der Akzent der Prüfung zu unrecht vom I n h a l t der AGB auf das Mittel ihrer D u r c h s e t z u n g verlegt wird. Der Unternehmer, der auf die Gleichgültigkeit und die rechtliche Unerfahrenheit seiner Kunden spekuliert, ist aber nicht schutzwürdiger als derjenige, der seine wirtschaftliche Macht ausnutzt.

In der neueren Literatur und Rechtsprechung ist daher eine deutliche Abkehr des Messens der AGB an der Art ihrer Durchsetzung festzustellen, man wendet sich vielmehr dem Inhalt der einzelnen Bestimmung zu,[198] und hält eine Vereinbarung dann für nicht verbindlich, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsabreden unbillig und daher unzumutbar ist. Dabei kommt es u.U. darauf an, ob mit der fraglichen Geschäftsart ein besonderes, bei der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht berücksichtigtes Risiko verbunden ist; ob dem Kunden für die in der gesetzlichen Regelung für ihn begründeten Vorteile, die er aufgeben soll, ein hinreichender Ausgleich gewährt wird; ob er sich gegen das ihm aufgebürdete Risiko versichern kann, überhaupt: ob die Interessen b e i d e r T e i l e angemessen berücksichtigt sind. Ist dies nicht der Fall, so ist der betreffenden Klausel die Gültigkeit zu versagen.[199]

Die Prüfung nunmehr des I n h a l t s der Abreden kann unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten vorgenommen werden:

---

196) RGZ 102, 396 (397); 103, 82; 115, 218 (220) u.a.; vgl. auch H. Lehmann JW 1934, 473.

197) Raiser, AGB, S. 283, 284.

198) Werden Einzelbestimmungen für nichtig erachtet, so tritt das dispositive Recht an ihre Stelle; die Rechtsfolge der Nichtigkeit bestimmt sich nicht nach § 139 BGB, sondern der Vertrag bleibt im übrigen in Kraft; BGHZ 22, 90 (92); R. Fischer, Die allg. Geschäfts- u. Lieferungsbedingungen, BB 1957, 484.

199) Larenz, Schuldrecht, § 8 IV.

Zunächst hat der BGH anerkannt, daß für AGB "immanente Schranken" gegeben sind, die nicht nur aus § 138 BGB, sondern auch aus § 242 BGB zu entnehmen seien.[200]

Krause[201] meint dagegen, daß der tiefere Grund der Bindung aus § 242 BGB nur schwer zu entwickeln sei; denn er entstamme nicht dem individuellen Schuldner-Gläubiger-Verhältnis, das bei der Verwendung der AGB im Einzelfall entstehe. Es sei vielmehr eine Folge des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit - Art. 20 GG - das den Staat verpflichte, die beliebige Ansammlung sozialer Macht in Privathand nicht einfach bestehen zu lassen.

Der BGH[202] hat sodann in einer späteren Entscheidung mit Rücksicht auf die einseitige Festlegung der AGB den in § 315 BGB enthaltenen Schutzgedanken für anwendbar erklärt und ausgesprochen, daß ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragsteil, der die AGB aufgestellt habe, ein Monopol besitze oder nicht, eine Haftungsausschluß- oder -begrenzungsklausel der Rechtswirksamkeit dann entbehren könne, wenn sie bei Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften Beteiligten der Billigkeit widerspreche. Dies sei regelmäßig zu bejahen, wenn die

---

200) BGHZ 22, 90 (99): in den Verkaufsbedingungen eines Lieferanten fabrikneuer Möbel war dem Käufer statt aller gesetzlicher Mängelansprüche ein Nachbesserungsrecht gewährt. Der BGH entschied, daß dies zwar grundsätzlich zulässig sei, weil dem Interesse des Käufers auch so Genüge geschehen könne. Wenn aber die Nachbesserung im konkreten Falle nicht möglich sei, nicht sachgemäß ausgeführt oder verzögert werde, stünden dem Käufer wieder die gesetzlichen Rechte wegen des Sachmangels zu. "Eine andere Gestaltung der Lieferungsbedingungen läßt sich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbaren ..."

201) H. Krause, AGB, BB 1955, 268.

202) BGHZ 38, 183 (186); dazu R. Lukes, § 315 als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897 ff.

Haftung für eigene g r o b e Fahrlässigkeit oder grobe Fahrlässigkeit l e i t e n d e r Angestellter ausgeschlossen werde.[203]

Auch Larenz[204] sieht in § 315 BGB den Maßstab, der zur Nachprüfung von AGB herangezogen werden muß; denn da die Geschäftsbedingungen nicht ausgehandelt, sondern von einer Partei allein festgelegt würden, liege hier faktisch eine Situation vor, die der im § 315 BGB vorausgesetzten ähnlich ist.[205]

Nipperdey[206] dagegen legt den Nachdruck auf die Abweichung vom dispositiven Recht; die Gültigkeit von AGB solle deshalb nicht nur daraufhin zu prüfen sein, ob ihre Durchsetzung unter Mißbrauch einer Monopolstellung erfolgt sei oder ob einzelne in ihnen enthaltene Bestimmungen sittenwidrig seien. Denn auch die dispositiven Rechtssätze, die meist durch die Regelung in den AGB außer Kraft gesetzt werden sollen, hätten eine bestimmte Ordnungsfunktion. Sie seien aus einer normalen Interessenlage geschaffene Rechtssätze und enthielten damit eine Bewertung des Gesetzgebers, die nicht ohne weiteres außer Betracht bleiben dürfe; keinesfalls dürfe die vom Gesetzgeber gewollte Ordnung der Rechtsbeziehungen ins Gegenteil verkehrt werden.

Es braucht im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher auf die verschiedenen Möglichkeiten eingegangen und die Frage, welcher dieser Lösungsversuche den Vorzug verdient, entschieden zu werden; denn alle Begründungen führen zu demselben Ergebnis und beruhen im Kern auf den gleichen, oben dargelegten Überlegungen und Wertungen.

---

203) Hierzu ist noch erläuternd zu sagen, daß es sich im überwiegenden Teil der Entscheidungen, in denen Vertragsklauseln nachgeprüft wurden, um Freizeichnungsklauseln handelte.

204) Larenz, Schuldrecht, § 8 IV.

205) Dazu eingehend R. Lukes, AGB, NJW 1963, 1897 ff.

206) In Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI 4.

Unter diesen aufgezeigten Gesichtspunkten ist nun zu den Argumenten, die die Nichtigkeit der KVK darlegen sollen, Stellung zu nehmen.

ee) Ist die KVK ein Knebelungsvertrag?

Danckelmann[207] schreibt sehr kurz, daß die KVK "als Knebelungsvertrag sittenwidrig (§ 138) sein oder Treu und Glauben widersprechen kann (§ 242)". Worin die Knebelung bestehen soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, aber wahrscheinlich[208] wird die Knebelung darin gesehen, daß dem Lieferanten die Abtretung von Forderungen, um sie als Kreditunterlage benutzen zu können, auf das Äußerste erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht wird,[209] weil die Klausel auch gegenüber dem Zessionar wirkt. Pfeiffer-Franken[210] führen noch weiter aus, daß der kreditsuchende Zedent in vielen Fällen die konzernmäßige Verflechtung nur sehr schwer übersehen[211] und daher dem Kreditinstitut nicht mit gutem Gewissen erklären könne, daß seine Forderungen nicht mit Rechten Dritter belastet seien. Dies wiederum zwinge das Kreditinstitut, zur Vermeidung von Risiken während der Laufzeit des Kredites bei der Bewertung des Forderungsbestandes ständig die bereits bestehenden oder noch entstehenden Gegenforderungen dieses nur schwer oder nicht abgrenzbaren Personenkreises zu überprüfen und in voller Höhe abzuziehen. Da dies dem Kreditinstitut nicht zugemutet werden könne, dürfte in vielen Fällen die Beleihung daran scheitern.[212]

---

207) In Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 387.

208) denn dieses Argument wird auch von den übrigen Gegnern der KVK vorgebracht.

209) W. Schütz, KVK, DR 1941, 1520; N. Pfeiffer-P.Franken, KVK, NJW 1960, 1978.

210) N. Pfeiffer-P.Franken, KVK, NJW 1960, 1978.

211) s.S.72 ffwo dargelegt wird, daß ein Konzern doch zu überschauen ist.

212) So auch H. Rasch, Konzernrecht, S. 184.

Als Lösung dieses Problems bietet sich zunächst die Anzeige an den Drittschuldner[213] an. Pfeiffer-Franken[214] sind zwar diesbezüglich der Ansicht, daß dieser Weg nicht gangbar sei, weil er eine Offenlegung der Zession gegenüber dem Konzern bedeute, auf dessen Warenkredit der Lieferant angewiesen sei.

Hiergegen muß aber eingewandt werden, daß die Offenlegung von Zessionen keineswegs immer ein Zeichen des Mißtrauens der Bank gegenüber dem Lieferanten, der in diesem Fall Schuldner der Bank ist, oder gar seiner Zahlungsunfähigkeit, sondern häufig bei im Verhältnis zu den Mitteln des Lieferanten (Schuldner) besonders großen Krediten geboten ist, bei denen die Richtigkeit der abgetretenen Forderungen entscheidende Bedeutung hat.[215]

Sollte aber trotzdem in praxi eine Beleihung der gegen das Konzernunternehmen gerichteten Forderung durch die KVK wegen allzu großen Sicherungsstrebens der Banken, das dazu führt, daß Forderungen, deren Einziehung für die Bank Schwierigkeiten bereiten könnte, nicht beliehen werden, erschwert oder vereitelt werden, so könnte das nicht ausreichen, eine sittenwidrige Knebelung in der KVK zu sehen; denn die Unmöglichkeit der Beleihung einer Forderung kann auch dadurch eintreten, daß die Unabtretbarkeit dieser Forderung gem. § 399 BGB vereinbart wird, wie dies im heutigen Geschäftsleben in wachsendem Umfang der Fall ist. Ist aber die Forderung kraft eines im BGB sogar vorgesehenen Vertrages nicht abtretbar und damit nicht beleihbar, so kann die Erschwerung oder Unmöglichkeit der Beleihung einer Forderung, gegen die kraft der KVK aufgerechnet wer-

---

213) Drittschuldner in dem hier gebrauchten Sinne ist der Schuldner der abgetretenen Forderung, also das Konzernunternehmen, im Gegensatz zum Schuldner der Bank, dem Lieferanten.

214) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1978.

215) W. Schütz, Formularbuch, S. 512, 4a.

den kann, nicht sittenwidrig sein.[216]

Als Ergebnis dieser Ausführungen kann somit festgehalten werden, daß die KVK weder dadurch, daß sie möglicherweise in AGB niedergelegt und dadurch zum Vertragsinhalt wurde, noch durch ihre Auswirkungen auf die Beleihbarkeit der eventuell zur Aufrechnung kommenden Forderungen sittenwidrig ist; denn es widerspricht nicht der Billigkeit, um die Formulierung von BGHZ 38, 183 (186) zu gebrauchen, wenn ein Konzernunternehmen sich zur Sicherheit[217] die Kompensation mit der Forderung eines anderen Unternehmens vorbehält, bzw. sich vorbehält, gegen die Schuld eines anderen Konzernunternehmens aufzurechnen. Die Interessen des Vertragspartners werden nicht mehr als bei anderen Sicherheitsbestellungen und weniger betroffen, als wenn z.B. die Unabtretbarkeit der Forderung gem. § 399 BGB vereinbart wäre.

Das Sicherungsstreben des Konzerns übersteigt auch nicht das Maß des Üblichen.[218] Es beruht auf den schon einleitend dargelegten Mängeln des BGB, was a l l e Gläubigergruppen veranlaßt, sich vertraglich Deckungsmöglich-

---

216) Aus diesem Grunde müßten auch alle anderen Sicherungsinstitute, vom Pfandrecht bis zum Konzernvorbehalt, sittenwidrig sein; denn auch einige von ihnen verzögern den Eigentumsübergang des gelieferten Gutes oder belegen es mit anderen Rechten, so daß es ebenfalls nicht als Kreditunterlage verwandt werden kann.

217) Sicherheit des Konzerns; denn das die KVK (1. Var.) vereinbarende Unternehmen muß seine Schuld auf jeden Fall in voller Höhe tilgen; entweder es leistet seinem Gläubiger oder kompensiert mit der Forderung des Dritten und muß dessen Forderung in entsprechender Höhe valutieren. Bei der 2. Variante der KVK muß der Schuldner, wenn er nicht dem Gläubiger leistet, dem Dritten dessen Forderung in entsprechender Höhe ersetzen.

218) So daß auch die Relation zwischen Beschränkung des Gläubigers und Vorteilen des Sicherungsnehmers gewahrt ist.

keiten zu verschaffen, was Lange[219] zu der Feststellung veranlaßte, daß der Kampf um den Zugriff auf das Schuldvermögen in einer Wettbewerbswirtschaft ein Teil des Wirtschaftslebens und daher nicht sittenwidrig sei.

Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß die KVK nie sittenwidrig, nie ein Knebelungsvertrag sein kann. Dies kann bei ihr ebenso zutreffen wie bei jedem Vertrag des täglichen Lebens; aber deswegen ist sie nicht von vornherein mit dem Odium der Sittenwidrigkeit zu belasten, wie dies die oben angeführten Autoren machen. Das läßt sich nur im Einzelfall feststellen.

4. Der Begriff des Konzerns

Bevor nun zu der Frage Stellung genommen wird, ob die KVK mangels Überschaubarkeit des Konzerns nichtig ist, wie dies u.a. von Pfeiffer-Franken dargelegt wird,[220] erscheint es angebracht, einen Überblick über den Begriff des Konzerns zu geben.

Wertvolle Hinweise hierfür gibt das neue AktG - vor allem die §§ 15 - 19; denn im Gegensatz zum AktG 1937 kodifiziert das AktG 1965 umfassend das "Recht der verbundenen Unternehmen"[221], welches vielfach auch als Konzernrecht i.w.S. bezeichnet wird.

---

219) H. Lange, Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1959, 569.

220) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1980; wie schon auf S. 55 erwähnt, gelangen Pfeiffer-Franken zu diesem Ergebnis, da sie offensichtlich davon ausgehen, daß die KVK auch eine bedingte Verfügung zum Inhalt hat.

221) Der Oberbegriff "verbundene Unternehmen" ist nicht als materielle Umschreibung einer besonderen Gruppe von Unternehmen anzusehen, sondern verfolgt lediglich den Zweck einer rechtstechnischen Vereinfachung in bezug auf alle Unternehmensverbindungen, so Ph. Möhring, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, NJW 1967, 1 unter Bezug auf die Begründung zu § 15 des RegE.

Die §§ 15 - 19 AktG[222] stellen Regeln sowohl für den Konzern i.e.S. als auch für andere Unternehmensverbindungen dar und sollen daher zunächst als Grundlage für die Definition des Terminus "Konzern" im Zusammenhang mit der KVK dienen, die ja ihren Namen vom Begriff "Konzern" ableitet.

a) Der Konzern i.e.S.

Der Konzern i.e.S. wird in § 18 AktG behandelt. Ein Konzern i.S. dieser Vorschrift ist dann gegeben, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind.

Als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen sind auch Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319 AktG).

Desgleichen wird von einem abhängigen Unternehmen vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

Letztlich - gem. § 18 II AktG - bilden auch rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine von dem anderen abhängig ist, einen Konzern, wenn sie unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

aa) Rechtliche Selbständigkeit

Am Gesetzeswortlaut könnte zunächst auffallen, daß nur in Abs. 2 des § 18 AktG "rechtlich selbständige Unternehmen" genannt werden, während sich Abs. 1 der zitierten Vorschrift lediglich auf "Unternehmen" bezieht.

Das Erfordernis der rechtlichen Selbständigkeit gilt aber auch für § 18 I AktG, da herrschende und abhängige Unternehmen nach § 17 I AktG, auf dem der § 18 I AktG aufbaut,

---

222) Wird im folgenden das AktG ohne Zusatz zitiert, so handelt es sich um das AktG v. 6. Sept. 1965.

ebenfalls rechtlich selbständig sein müssen.

Die Unternehmen des Konzerns können in den verschiedensten Rechtsformen bestehen; das AktG ist aber nur dann anzuwenden, wenn eines dieser Unternehmen die Form einer AG oder KGaA besitzt; es ist jedoch gleichgültig, welche Stellung diese AG oder KGaA innerhalb des Konzerns einnimmt.[223]

Ein reiner GmbH-Konzern wird daher vom AktG nicht erfaßt; dies ergibt sich insbesondere aus § 28 I EGAktG.[224]

bb) Das Unternehmen

Neben der rechtlichen Selbständigkeit ist weitere Voraussetzung, daß ein Unternehmen gegeben ist; von einer Umschreibung des Unternehmensbegriffes hat der Gesetzgeber aber in Anbetracht der großen praktischen Schwierigkeiten abgesehen.[225]

Im AktG ist er, divergierend von anderen Teilen der Rechtsordnung,[226] im wesentlichen durch den Schutzzweck der Vorschriften über verbundene Unternehmen zugunsten dritter Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger bestimmt.

Der Unternehmensbegriff ist daher extensiv auszulegen und zu bejahen, wenn ein kaufmännisches oder sonstiges Gewerbe vorliegt;[227] jedoch dann nicht, wenn es sich um wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige freie Berufe handelt.

---

223) Baumbach-Hueck, Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968, Rdn. 3 zu § 18

224) Ob auch für diese Fälle sich eine Sonderregelung als erforderlich erweist, bleibt der künftigen Gesetzgebung vorbehalten, Würdinger, Kommentar zum Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., 1966, S. 261/262.

225) So der RegE zu § 15.

226) "Einen für die gesamte Rechtsordnung einheitlich verbindlichen Begriff des Unternehmens gibt es nicht. Es ist anerkannt, daß der Begriff je nach der Zweckbestimmung des betreffenden Gesetzes einen anderen Inhalt haben kann", KG in WuW 1960, 446 (447).

227) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 263; Rasch, Konzernrecht, S. 23 ff; v. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, Anm. 2 zu § 15: "Wirtschaftseinheit, mit der eine natürliche oder juristische Person am Wirtschaftsleben teilnimmt".

Wie schon ausgeführt[228] ist nicht auf die Rechtsform abzustellen; die hierher gehörenden Unternehmen können alle Rechtsformen, selbst die eines Einzelkaufmannes, besitzen.[229]

Die Kaufmannseigenschaft ist keine Voraussetzung, gibt aber einen sicheren Hinweis auf den Charakter des Unternehmens; so insbesondere notwendig bei Handelsgesellschaften, § 6 HGB, und Genossenschaften, § 17 II GenGes.

Die Frage, ob Aktienbesitz, vor allem Mehrheitsbesitz, den Aktionär zum Unternehmer macht, da er infolge seiner Beteiligung über die normale Verwaltung hinaus wirtschaftlich planend und lenkend Einfluß auf die Leitung einer AG nimmt, braucht in diesem Zusammenhang an sich nicht entschieden zu werden,[230] da diese Frage im Rahmen der KVK kaum auf-

---

228) Vgl. S. 74.

229) So die Begründung zu § 15 des RegE.

230) Ablehnend Baumbach-Hueck, AktG, Rdn. 4 zu § 15; nach H. Ch.Leo, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, in "Die Aktiengesellschaft", Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, 1965, 352 (353) wäre dies bei einer Einmann-AG nur anzunehmen, wenn der Alleinaktionär ein Unternehmen ist; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 263, wertet die Ausübung der dem Aktionär zustehenden Einflußmöglichkeit auf die AG als solche nicht als "Unternehmen" und möchte gleiches auch für die öffentlichen Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden) nicht anwenden, wenn sie ihre Aktienrechte ausüben. - Dies erscheint aber höchst zweifelhaft, wenn man bedenkt, welch großen oder sogar beherrschenden Einfluß diese Körperschaften z.B. auf Versorgungs- oder Verkehrsgesellschaften ausüben. - Dieses Ergebnis bezeichnet daher selbst H.Ch. Leo, Die Einmann-AG, in "Die Aktiengesellschaft", 1965, 352 (353), der ansonsten eher der wohl herrschenden Meinung zuneigt, als unbefriedigend. Es ist daher Ph. Möhring, Unternehmensverbindungen, NJW 1967, 1, zuzustimmen, der zutreffend begründet, daß das neue AktG den Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bei einem Konflikt mit den Interessen eines Dritten, also eines "Unternehmens", verfolgt, der zwar rechtlich außerhalb der Gesellschaft steht, sie aber gleichwohl zu beeinflussen vermag, d.h. auch in diesem Fall eine Konfliktsituation denkbar ist und daher nicht auf einen formalen Unternehmensbegriff abgestellt werden darf; so auch B. Kropff, Konzernrecht, BB 1965, 1281 (1285).

tauchen dürfte; denn es ist nicht anzunehmen, daß ein (Mehrheits-) Aktionär mit einer Firma, die ihrerseits mit dem Konzern, von einer deren Firmen er Aktien besitzt, in Geschäftsbeziehungen tritt. Auszuschließen ist dies jedoch nicht. Wäre dies der Fall, so müßte anhand der Vereinbarungen zwischen den Vertragspartnern geklärt werden, ob der (Mehrheits-) Aktionär ebenfalls als "Unternehmen" i.S. d. KVK gälte. Würde ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis fehlen, so wäre ungeachtet der eventuell zu bejahenden Unternehmensqualität des (Mehrheits-) Aktionärs[231] sein Einbeziehen in den Kreis der Aufrechnungs- bzw. Tilgungsberechtigten abzulehnen, da der Gegner hiermit mangels Hinweises nicht zu rechnen brauchte.[232]

cc) Das Verhältnis der Unternehmen zueinander

Weitere Voraussetzung des Konzernbegriffes des § 18 AktG[233] ist, daß ein herrschendes und mindestens ein abhängiges Unternehmen vorhanden sind; liegt dieses Abhängigkeitsverhältnis[234] vor, wobei das herrschende Unternehmen auch die Leitung innehat, so ist ein Unterordnungskonzern gegeben. Auf diesen sind die Vorschriften der §§ 308 - 318 AktG anzuwenden, welche die Leitungsmacht und die Verantwortlichkeit regeln.

Beim Unterordnungskonzern sind wiederum zwei Gruppen von Unterordnungsverhältnissen zu treffen; der Konzern mit Beherrschungsvertrag und solcher ohne entsprechenden Vertrag. Ersterer wird heute vielfach als Vertragskonzern[235] bezeichnet, während letzterer faktischer Konzern genannt wird.[236]

---

231) Somit auch einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes.

232) Raiser, AGB, S. 178.

233) Bezüglich § 18 II AktG - Gleichordnungskonzern - vgl. S. 77

234) Vgl. § 17 AktG.

235) In welchen zweckmäßigerweise auch die Fälle der Eingliederung gem. §§ 319 ff AktG einbezogen werden sollten; Baumbach-Hueck, AktG, Rdn. 8 zu 18.

236) So z.B. B. Kropff, Konzernrecht, BB 1965, 1281 (1282); desgl. H. Rasch, Konzernrecht, S. 139; die Terminologie ist jedoch uneinheitlich, Baumbach-Hueck, AktG, Rdn. 8 zu 18.

Vom Unterordnungskonzern zu trennen ist der Gleichordnungskonzern, bei dem kein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, sondern lediglich einheitliche Leitung.

Diese Leitung wird durch ein vertragliches Gemeinschaftsorgan oder durch personelle Maßnahmen gebildet.[237), 238)]

---

237) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 275.

238) Hierbei taucht auch die Frage auf, ob innerhalb eines Konzerns ein weiterer Konzern bestehen kann. Dies ist auf 2 Arten möglich:

1. von zwei gleichgeordneten Unternehmen (§ 18 II AktG) kann wiederum eines beherrschendes Unternehmen eines(oder mehrerer) Unternehmen (§ 18 I AktG) sein. Auch das andere der gleichgeordneten Unternehmen kann von ihm abhängige Unternehmen besitzen.
2. in einem Unterordnungskonzern wiederum ist mehrstufige Abhängigkeit in der Weise denkbar, daß die Muttergesellschaft eine Tochter beherrscht, die ihrerseits wiederum eine von ihr abhängige Tochter - quasi einen Enkel der Muttergesellschaft - besitzt.

Gemäß der Begründung des RegE zu § 18 wird (zumindest im angesprochenen Falle 1) durch die einheitliche Leitung der gleichgeordneten Unternehmen die Klammer gebildet, durch die die Konzernqualifikation erreicht wird. Dies hätte dann erst recht für den Fall 2) zu gelten, da die Mutter mittelbar über die Tochter Einfluß auf den Enkel ausüben kann.
B. Kropff, Konzernrecht, in BB 65, 1281 (1284) hingegen neigt zur Bejahung der Frage, d.h. er ist der Ansicht, daß ausnahmsweise innerhalb eines Konzerns ein weiterer Konzern bestehen kann, was aber beim Unterordnungskonzern i.d.R. nicht der Fall sein dürfte, während es aber beim Gleichordnungskonzern (siehe Fall 1) eher anzutreffen sein könnte. Kropff begründet seine Ansicht damit, daß es durchaus denkbar ist, daß sich die Konzernspitze lediglich auf allgemeine Richtlinien beschränkt und somit den "untergeordneten" Konzernen weitestgehende Handlungsfreiheit gewährt; Kropff scheint sich hiermit aber in Widerspruch zum RegE, der zwar nur Fall 1 ansprach, zu setzen.

§ 18 AktG normiert somit (in Übereinstimmung mit der früher hM), daß der Konzernbegriff sowohl den Gleichordnungs- als auch den Unterordnungskonzern umfaßt und daß bei letzterem auch das herrschende Unternehmen als Konzernunternehmen zu werten ist.

dd) Einheitliche Leitung

Schon mehrfach in der Abhandlung über den Konzern wurde die einheitliche Leitung erwähnt; sie stellt neben dem Vorhandensein zumindest zweier rechtlich selbständiger Unternehmen eine weitere Voraussetzung zur Bildung eines Konzerns dar.

Das Gesetz schweigt zu der Frage, wie intensiv die Leitung ausgeübt werden soll; in der Begründung des RegE[239] wird jedoch darauf hingewiesen, daß sich die einheitliche Leitung auf eine Abstimmung in der Geschäftspolitik und sonstige grundsätzliche Fragen der Geschäftsführung beschränken kann.

Der Begriff "einheitliche Leitung" ist somit extensiv auszulegen; erforderlich ist jedoch, daß die einheitliche Leitung faktisch besteht[240] und auch ein Band gegeben ist, welches den Bestand der Leitung gewährleistet und eine Trennung der Unternehmen dauernd verhindert.[241]

Weisungsbefugnis ist jedoch keine notwendige Voraussetzung der einheitlichen Leitung. In der Begründung zum Entwurf[242] wurde dies ausdrücklich verneint. Es reicht somit aus, um das Erfordernis der "einheitlichen Leitung" zu erfüllen, daß die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften aufeinander abstimmt, was auch

---

239) Begründung des RegE zu § 18.

240) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 276.

241) v. Godin-Wilhelmi, AktG, Anm. 5 zu § 18.

242) Ph. Möhring, Unternehmensverbindungen, NJW 1967, 1 (2, 3) unter Bezug auf die Begründung zu § 18 RegE.

ohne direkte Weisungen in der Form gemeinsamer Beratungen durchgeführt oder sich sogar aus den personellen Überschneidungen der Verwaltungen ergeben kann.

Die Rechtsform für die Leitung ist ebenfalls nicht vorgeschrieben; die Leitung kann bei dem beherrschenden Unternehmen liegen oder aber bei einer Dachgesellschaft, die sich ausschließlich der Leitung des Konzerns widmet. Offensichtlich wächst sogar die Neigung, als Konzernspitze nicht eine Aktiengesellschaft, sondern ein Unternehmen anderer Rechtsform zu wählen.[243)]

§ 18 AktG 1965 stellt im Gegensatz zu § 15 AktG 1937 nicht mehr ausdrücklich auf den wirtschaftlichen Zweck der Konzernbildung ab; hierdurch soll jedoch keine sachliche Abweichung bezweckt werden[244)], sondern man wollte auf ein als überflüssig erachtetes Begriffsmerkmal verzichten, da eine Zusammenfassung zu einem Konzern ganz ohne wirtschaftlichen Zweck ohnehin kaum in Betracht kommen solle.[245)]

b) Der Konzern i.w.S.

Wie schon einleitend[246)] gesagt, behandelt das AktG 1965 nicht nur in seinem § 18 den Konzern i.e.S., sondern in den §§ 15 ff. auch den Konzern i.w.S.

Hierunter fallen in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16 AktG), ferner abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17 AktG) und letztlich wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 AktG) oder Unternehmen, die Partner eines Unternehmensvertrages sind, aufgrund dessen die Beherrschung oder Gewinnabführung (§ 291 AktG) oder die Gewinngemeinschaft, Teilgewinn-

---

243) B. Kropff, Konzernrecht, BB 65, 1281.

244) Begründung zu § 18 RegE.

245) Man wird aber nicht umhin können, diesen wirtschaftlichen Zweck sehr weit zu fassen; also nicht mehr als gegenseitige Belieferung oder Ergänzung, sondern als bloße Risikostreuung zu sehen, wie sie gerade in Amerika immer häufiger auftaucht, wo durch "diversification" richtiggehende Industriekonglomerate ("conglomerates") gebildet werden.

246) Vgl. S. 72.

abführung, Betriebspacht oder -überlassung (§ 292 AktG) vereinbart wird.

Die in den §§ 15 - 19 AktG genannten Verbindungsformen schließen sich jedoch nicht gegenseitig aus; es handelt sich hierbei auch nicht um Ober- bzw. Unterbegriffe, sondern sie kennzeichnen lediglich divergierende und sich auch überschneidende Tatbestände.

Neben dieser Vielfalt von Konzernen i.w.S., denen sämtlich gemeinsam ist die Unternehmenseigenschaft und die rechtliche Selbständigkeit, sind auch ähnliche Gebilde außerhalb des AktG nicht außer Betracht zu lassen, z.B. ein reiner GmbH-Konzern[247] oder ein Konzern bergrechtlicher Gewerkschaften. Auf diese weiteren möglichen Konzernformen näher einzugehen würde jedoch zu weit führen, so daß dieser Hinweis genügen möge, vor allem, da diese Frage letztlich nicht entscheidend für das Thema der vorliegenden Arbeit ist; denn Ausgangspunkt dieser Betrachtung war die Frage, ob die KVK deswegen nichtig ist, da ein Konzern unüberschaubar sei.[248]

Auf der anderen Seite sei aber hier darauf hingewiesen, daß die KVK zwar ihren Namen vom "Konzern" ableitet; aber - wie noch dargelegt werden wird[249] - nicht auf den Konzern beschränkt ist.

c) Scheitert die Gültigkeit der KVK (1. Variante) daran, daß ungewiß ist, mit welcher Forderung - eventuell - aufgerechnet wird?

Durch die KVK (1. Var.) wird, wie schon mehrfach dargelegt, die Möglichkeit eröffnet, mit der Forderung eines Dritten aufzurechnen, es wird also die Gegenseitigkeit vertrag-

---

247) Vgl. Baumbach-Hueck, AktG, Rdn. 1 zu 28 EGAktG; desgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 261/262.

248) Wie dies N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1977 (1980) als Argument bringen.

249) Vgl. S. 122.

lich abbedungen und es ist, wenn der Konzern aus mehreren Unternehmen besteht, was in der Regel anzunehmen ist, ungewiß, mit welcher Forderung aufgerechnet werden wird. Dieser Kreis soll, da der Lieferant nicht wisse, welche Unternehmen zum Konzern gehören, so weit gezogen sein, daß daraus die Nichtigkeit der KVK folge.[250] Pfeiffer-Franken führen als Beispiel folgende Klausel an: "Wir sind berechtigt, mit Forderungen aufzurechnen, die einer Firma zustehen, an der wir unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind."

Hiergegen ist aber zunächst geltend zu machen, daß

1. durch das neue Aktienrecht - § 151 Abs. 1 II B 1 - die Beteiligungen in der Bilanz gesondert ausgewiesen werden müssen, also von jedermann in Erfahrung gebracht werden können und ferner Beteiligungen über 25 % - und diese dürften vornehmlich in Frage kommen - gem. §§ 20 Abs. 6, 26 AktG sogar im Bundesanzeiger veröffentlicht werden müssen,[251]
2. in den heute vereinbarten Konzernverrechnungsklauseln (1. Var.), soweit ersichtlich, die Firmen, mit deren Forderungen aufgerechnet werden können soll, namentlich aufgeführt sind,
3. der Lieferant von vornherein die Möglichkeit besitzt, seinen Schuldner zu fragen, welche Unternehmen Forderungen zur Kompensation bereitstellen.

---

250) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1980; wie schon auf S. 55 erwähnt, gelangen Pfeiffer-Franken zu diesem Ergebnis, da sie offensichtlich davon ausgehen, daß die KVK eine bedingte Verfügung beinhaltet, was jedoch nicht der Fall ist. Trotzdem soll aber zu diesem Argument Stellung genommen werden, da es eventuell auch gegen einen lediglich schuldrechtlich wirkenden Aufrechnungsvertrag vorgebracht werden könnte.

251) Es ist jedoch möglich, daß es unter Hinzuziehung einer Bilanz nicht in jedem Falle gelingt, die Beteiligten festzustellen; vgl. hierzu auch die S. 80 , vor allem, wenn es sich nicht um einen Konzern im aktienrechtlichen Sinne handelt.

Der Kreis derjenigen, mit deren Forderungen aufgerechnet werden soll, ist also auf die dem Lieferanten bekannten oder doch ohne weiteres in Erfahrung zu bringenden Konzernunternehmen begrenzt.[252] Außerdem dürften in praxi nicht alle diesem Konzern angehörenden Unternehmen Forderungen gegen den Lieferanten besitzen, so daß der Kreis der Forderungen, die zur Aufrechnung kommen könnten, eng gezogen ist.

Dieser Ausführungen bedurfte es aber an sich gar nicht;[253] denn es ist überhaupt nicht erforderlich, geschweige denn ein Nichtigkeitsgrund, daß der Lieferant im vorhinein weiß, mit welcher Forderung aufgerechnet werden wird. Auch bei der gesetzlich vorgesehenen Kompensation ist dem Gläubiger unbekannt, welche Forderung zur Aufrechnung herangezogen werden wird. Denn besitzt der Schuldner mehrere Forderungen gegen den Gläubiger, so steht es in seinem Belieben zu bestimmen, mit welcher er kompensiert (§ 396 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Noch eklatanter ist dieser Fall der Aufrechnung mit einer dem Gläubiger bislang "unbekannten" Forderung, wenn der Schuldner erst nach Entstehen seiner Schuld durch Zession von einem Dritten eine gegen den Gläubiger gerichtete Forderung erwirbt und mit dieser kompensiert. Hier weiß der Lieferant bei Vertragsschluß mit seinem Schuldner überhaupt nicht, daß dieser jemals die Aufrechnungsmöglichkeit besitzt, desto weniger ist ihm bekannt, mit welcher Forderung sein Gläubiger kompensieren wird - theoretisch mit jeder gegen den Gläubiger gerichteten abtretbaren Forderung; um wieviel größer ist der Kreis der Forderungen in diesem Fall gegenüber dem durch die KVK (1. Var.) vereinbarten!

---

252) A. Blomeyer, Der unbestimmte Gläubiger, Tübingen 1954, S. 307: "Nun ist eine Unbestimmtheit von Existenz, Partei und Leistungsinhalt bei Schuldverhältnissen nichts Ungewöhnliches." - Vergleichbar ist auch die Situation des § 317 BGB, wonach die Vereinbarung getroffen werden kann, daß die Bestimmung der Leistung einem oder mehreren Dritten überlassen wird.

253) Vgl. S. 81, bes. Fußn. 250.

Eine parallele und durchaus vergleichbare Erscheinung läßt sich im Konzernvorbehalt[254] finden, der,auf RGZ 147, 325 beruhend,[255] aus dem heutigen Geschäftsleben nicht mehr fortgedacht werden kann und allgemein anerkannt ist.[256] Beim Konzernvorbehalt ist ebenso gewiß (bzw. ungewiß) wie bei der KVK (1. Var.), welches Unternehmen dem Konzern angehört und noch Ansprüche besitzt. Genau genommen ist beim Konzernvorbehalt die Ungewißheit sogar größer als bei der KVK (1. Var.); denn beim Konzernvorbehalt ist maßgeblicher Zeitpunkt für das Erlöschen des Eigentumsvorbehaltes die Tilgung s ä m t l i c h e r Forderungen a l l e r Konzernunternehmen. Es kann sich hierbei um eine zeitlich sehr große Spanne handeln, wodurch die Dauer des Bestehens des Konzernvorbehaltes fast unübersehbar in die Länge gezogen wird, während bei der KVK (1. Var.) diese vertraglich vereinbarte Aufrechnungsbefugnis nicht durch das Bestehen sämtlicher gegen den Lieferanten gerichteten Forderungen limitiert, sondern an das Bestehen der S c h u l d des zur Kompensation ermächtigten gebunden, also bei weitem überschaubarer ist.

Erkennt man trotz dieser viel größeren Ungewißheit die Gültigkeit des Konzernvorbehaltes an, kann man konsequenterweise der KVK (1. Var.) die Anerkennung nicht verweigern.

Eine weitere Parallele läßt sich in der Globalzession insofern sehen, als hierbei Forderungen, deren Entstehen ungewiß, deren Schuldner noch nicht bekannt und deren Höhe

---

254) s.S. 6.

255) s.S. 5 Fußn. 18.

256) hM.,vgl. R. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, S. 94.

unsicher[257] ist, abgetreten werden. Bei der KVK (1. Var.) ist demgegenüber der Kreis der Forderungsinhaber abgegrenzt, da es sich hierbei nur um ein Konzernunternehmen handeln kann und fernerhin nicht sofort mit Entstehung der Forderung aufgerechnet,[258] sondern sie lediglich der vereinbarten Aufrechnungsbefugnis unterstellt werden soll,[259] während bei der Globalzession die Forderung unmittelbar nach ihrer Entstehung als abgetreten gilt.

Auch dieser Vergleich ist in der Lage, die Bedenken, die bezüglich der der KVK (1. Var.) unterfallenden Forderungen bestehen, aus dem Wege zu räumen, so daß man aus dieser "Unsicherheit", welche Forderung zur Kompensation verwandt wird, nicht die behauptete Nichtigkeit ableiten kann, da ja, wie dargelegt,[260] diese "Unsicherheit" auch bei der gesetzlich vorgesehenen Kompensation besteht.

d) Scheitert die Gültigkeit der KVK (2. Variante) daran, daß ungewiß ist, gegen welche dem Gläubiger zustehende Forderung - eventuell - aufgerechnet wird?

Entsprechend dem eben Ausgeführten könnte gegen die Gültigkeit der 2. Variante der KVK der Einwand vorgebracht werden, daß ungewiß ist, gegen welche dem Gläubiger zu-

---

257) Vgl. Erman, Globalzession S. 3; Enneccerus-Lehmann, § 78 III m.w.Nachw.; BGB-RGRK Anm. 2 zu § 398; Palandt-Danckelmann, Anm. 3 d zu § 398; lediglich Bestimmbarkeit, ein überaus dehnbarer Begriff, war bislang zur gültigen Abtretung einer künftigen Forderung erforderlich, hM und stdge Rsprchg; nach BGHZ 7, 365 (369) ist nicht einmal mehr nötig, daß die Bestimmbarkeit bei der A b t r e t u n g für jeden Fall gewährleistet ist, um wieviel weniger ist dies dann erst bei einem V o r v e r t r a g wie bei der KVK erforderlich.

258) Vgl. S. 50 ff (bes. S. 54 f).

259) Erst beim Vollzug der Kompensation wird die Forderung, mit der aufgerechnet wird, genau bezeichnet, was nicht weiter schwerfällt, da sie zu diesem Zeitpunkt schon existent ist.

260) Vgl. S. 82.

stehende Forderung u.U. aufgerechnet wird.

Dieser Fall liegt weitgehend parallel zu dem eben behandelten,[261] nur mit umgekehrten Vorzeichen:
bei der 1. Variante der KVK ist die Schuld gewiß; die eventuell zur Kompensation herangezogene Forderung bei Vertragsschluß (möglicherweise) unbekannt, während bei der 2. Variante der KVK die Schuld ungewiß ist, die eventuell durch Kompensation getilgt wird, nicht hingegen die u.U. zur Aufrechnung gelangende Forderung.

Bezüglich der bei der 2. Variante der KVK zu tilgenden Schuld gilt das eben Ausgeführte analog: der Gläubiger ist ohne weiteres in der Lage, seine konzernangehörigen Schuldner festzustellen, da er seine eigenen Forderungen überschauen können muß und ihm ferner bekannt ist, bzw. von ihm in Erfahrung zu bringen ist, welcher seiner Schuldner dem betreffenden Konzern angehört, so daß dem Erfordernis der Bestimmtheit auch in diesem Falle Genüge getan ist, sofern überhaupt[262] bei Abschluß eines Aufrechnungsvorvertrages die Bestimmtheit der Forderungen erforderlich sein sollte.

e) Wirkung der KVK im Konkursfalle

Im Konkurs sind Aufrechnungen grundsätzlich soweit zulässig, soweit sie auch außerhalb des Konkurses statthaft wären; jedoch sind hierfür die Voraussetzungen der Kompensation teilweise besonders und abweichend vom allgemeinen Recht geregelt.

Der Gesetzgeber bediente sich dabei einer umfangreichen Kasuistik und ist hiermit wiederum seinem selbstgesteckten Ziele,[263] eine Revision der zum Teil sehr verschiedenen, zum Teil höchst lückenhaften Behandlung des Rechts der Kompensation im Konkurs herbeizuführen, die den Ruf einer

---

261) Vgl. S. 80 ff.

262) Vgl. Fußn. 253 auf S. 82

263) Materialien zur KO, S. 225, 226.

besonders verwickelten Lehre erlangt hatte, nicht ganz gerecht geworden.

Es sind immer noch ausfüllungsbedürftige Lücken vorhanden; so sind z.B. bezüglich des Kontokorrents, das einen Aufrechnungsvertrag darstellt,[264] keine Regelungen in der KO vorgesehen, so daß Literatur und Rechtsprechung quasi rechtschöpfend eingreifen mußten.[265]

Auch in bezug auf ein Institut wie die KVK ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Wirkung diese Vereinbarung im Konkurs zeitigt.

Pfeiffer-Franken[266] folgern aus § 55 KO verallgemeinernd, daß die Aufrechnung immer dann ausgeschlossen sein solle, wenn durch sie nach Eröffnung des Verfahrens die Masse geschmälert werde; zwar treffe dies den Fall des § 55 Abs. 2 KO dem Wortlaute nach nicht, die praktische Wirkung sei jedoch die gleiche. Zur Erhärtung ihrer These berufen sich die eben zitierten Autoren auf den BGH,[267] Jaeger-Lent,[268] Mentzel-Kuhn,[269] Erman[270] und Schütz.[271]

Die beiden Letztgenannten scheiden als Mitverfechter der These Pfeiffer-Frankens von vornherein aus, da Schütz und ihm folgend Erman davon ausgehen, daß die KVK (1. Var.) ausschließlich für den Konkursfall vereinbart und daher überhaupt nichtig sei, sie daher also auch im Konkurs keine

---

264) hM, vgl. Siebert-Reimer Schmidt, Anm. 4 vor § 387 BGB.

265) Auf das Kontokorrent soll später näher eingegangen werden; s.S. 107.

266) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1978, allerdings nur für die von ihnen behandelte 1. Variante der KVK.

267) BGHZ 15, 337.

268) Jaeger-Lent, Anm. 9 zu § 55 KO.

269) Mentzel-Kuhn, Anm. 9 zu § 55 KO; in der 7. Aufl. entspricht dies der Anm. 10.

270) Erman-Westermann, Anm. 2 vor § 387.

271) W. Schütz, KVK, DR 1941, 1520.

Wirkungen zeitigen könne.[272] Die Berufung Pfeiffer-Frankens auf Schütz und Erman ist in diesem Falle nicht berechtigt, da Pfeiffer-Franken ja die Wirkungslosigkeit der KVK (1. Var.) im Konkurs aus einem dem § 55 KO angeblich inhaerenten Schutzgedanken ableiten wollen, während Schütz und Erman die Gültigkeit der KVK (1. Var.) aus anderen Gesichtspunkten verneinen bzw. in Zweifel ziehen und ihr daher jegliche Wirkung, also auch im Konkurs absprechen, bzw. in Frage stellen.

Jaeger-Lent und Mentzel-Kuhn behandeln in den angeführten Abschnitten die Frage, ob jemand mit einer Forderung im Konkurs aufrechnen könne, die er vor (oder nach) Konkursbeginn abgetreten hatte und später wieder zurückerwarb. Sie führen dazu eine Reihe von Variationsmöglichkeiten an: z.B. Sicherungszession im Gegensatz zur Vollabtretung und Mentzel-Kuhn und Jaeger-Lent wollen einen Teil dieser Fälle unter dem Gesichtspunkt lösen, ob sich die Auswechslung des Gläubigers für die Masse schädlich auswirke oder nicht. Es liegt hierbei also ein anderer Sachverhalt zugrunde als bei der KVK (1. Var.), da bei ihr weder ein Forderungsrückerwerb noch ein Gläubigerwechsel nach Konkurseröffnung stattfindet.[273]

Mentzel-Kuhn und Jaeger-Lent berufen sich bei ihrer Argumentation[274] ebenso wie Pfeiffer-Franken auf den BGH,[275] der in einem anders gelagerten Falle ganz allgemein feststellte, daß der § 55 KO - dies ergäbe sich aus seiner Nr. 2 -

---

272) Bezüglich dieses Einwandes vgl. S.115 ; überdies spricht Erman nur davon, daß die Wirkung der KVK (1. Var.) im Konkurs zweifelhaft sei und verweist im übrigen auf Schütz.

273) Ob ein Gläubigerwechsel v o r Konkurseröffnung stattfand, wäre ein Streit um Worte und außerdem für den vorliegenden Fall unbeachtlich.

274) die sie allerdings, wie oben dargelegt, zu anderen Schlüssen als Pfeiffer-Franken führt.

275) BGHZ 15, 333 (337)

auf dem Gedanken beruhe, daß nach der Eröffnung des Verfahrens die Masse nicht geschmälert werden solle.

Dieses Postulat, dessen Gültigkeit nicht bestritten werden soll, verführte Pfeiffer-Franken zu ihrer oben erwähnten Folgerung, die sich aber als Zirkelschluß erweist. Der BGH sagt, daß der Gedanke des § 55 KO der Schutz der Masse sei, woraus Pfeiffer-Franken folgern, daß überall dort, wo die Masse geschmälert werde, der § 55 KO eingreifen müsse; der BGH nennt den Leitgedanken einer Norm, während Pfeiffer-Franken diesen Leitgedanken verallgemeinernd, wie sie selbst zugestehen, zur Voraussetzung seiner Anwendbarkeit erheben.[276)]

Daß dies irrig ist, ergibt sich auch unmittelbar aus dem Gesetz. Die KO trachtet eben nicht generell die Aufrechnung dort zu verhindern, wo eine Schmälerung der Masse eintreten könnte: denn die KO[277)] schafft gegenüber dem Zivilrecht sogar e r w e i t e r t e Aufrechnungsbefugnisse für betagte, bedingte und ungleichartige Forderungen. Dies wird auch in den Materialien zur KO[278)] ausdrücklich hervorgehoben, wo die "Idee, als ob im Konkurse soweit möglich zu Gunsten der Masse entschieden und das Recht Dritter auf alle Weise beschränkt werden müßte" als "durchaus unrichtig" bezeichnet wird. Das aber gerade fordern Pfeiffer-Franken.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die Argumentation Pfeiffer-Frankens, daß die KVK (1. Var.) im Konkurse wegen § 55 Ziff. 2 KO kein Kompensationsrecht gewähren könne, nicht zutrifft.

Auch die Ausführungen Kleinschmidts[279)] treffen auf beide Varianten der KVK nicht zu, da Kleinschmidt von dem Fall

---

276) N. Pfeiffer-P. Franken, KVK, NJW 1960, 1978.

277) Vgl. § 54 KO.

278) Materialien zur KO, S. 226.

279) T. Kleinschmidt, Vertragsmäßige Erweiterungen und Beschränkungen des Aufrechnungsrechts, Diss. Göttingen 1930, S. 28 ff.

ausgeht, daß sich der Schuldner vor dem Konkursfall verpflichtet, dem späteren Konkursgläubiger entgegen § 55 KO das Aufrechnungsrecht einzuräumen. Die zwingenden Vorschriften der KO können jedoch nicht umgangen und die Begründung eines Kompensationsrechts für die Zeit n a c h der Konkurseröffnung vertraglich vorgesehen werden.[280] - Bei beiden Varianten der KVK besteht aber - und das ist der gravierende Unterschied - das Kompensationsrecht schon v o r dem Insolvenzfall.

Börner[281] sieht in den Ziffern 2 und 3 des § 55 KO Bestimmungen, die diejenigen Aufrechnungsmöglichkeiten unberührt lassen, die der Schuldner des späteren Gemeinschuldners vor der Beschlagnahme sowie vor seiner Kenntnis von Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag und damit vermutlich ohne Spekulationsabsichten erworben habe. Das geschehe hier wie bei den §§ 406 und 392 BGB deshalb, weil der Schuldner im Hinblick auf eine Aufrechnungsmöglichkeit vielleicht Dispositionen getroffen habe; der Schuldner könne also unter den Voraussetzungen der §§ 53 ff KO ungeachtet des in § 14 KO ausgesprochenen Verbots von Sonderzugriffen die Aufrechnung durchführen.

Für eine vertragliche Aufrechnung[282] müsse laut Börner die gleiche Regelung gelten, da die Dispositionen des Schuldners auf Grund eines Aufrechnungsvertrages nicht weniger (Jaeger-Lent, Anm. 2 a.E. zu § 55 KO), aber auch nicht mehr Schutz verdienten als die auf Grund der gesetzlichen Aufrechnungsmöglichkeit. Daß die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten nicht schon kraft Gesetzes, sondern erst auf Grund eines Aufrechnungsvertrages und der Zustimmung des Dritten möglich sei, ändere diese Beurteilung nicht; denn der Schuldner habe auch seine gesetzlichen Auf-

---

280) Ebenso BGHZ 30, 238 (239 f).

281) B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1508.

282) Also auch beim Vorliegen beider Varianten der KVK; obwohl Börner lediglich die vertraglich vereinbarte Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten behandelt, also die 1. Variante der KVK.

rechnungsmöglichkeiten meistens rechtsgeschäftlich herbeigeführt, indem er seine Gegenforderung durch Vertrag mit dem Gläubiger begründet oder durch Zession von einem Dritten erworben habe. Dies gelte umsomehr, als auch die ähnlich wie die Aufrechnung behandelten Absonderungsrechte großenteils rechtsgeschäftlich begründet würden.

Börner[283] möchte also den § 55 Ziff. 2 und 3 KO entsprechend anwenden und wie bei den §§ 406 und 392 BGB an die Stelle des Erwerbs der Gegenforderung den Abschluß des Aufrechnungs(vor)vertrages treten lassen.
Nach Kunick[284] ist dieses Resultat aber nicht durch Analogie, sondern durch Gegenteilsschluß zu erreichen. Kunick ist der Ansicht, daß der § 55 KO lediglich bestimme, wann ein Konkursgläubiger nicht zur Aufrechnung befugt sei, daraus könne durch Gegenteilsschluß entnommen werden, daß die Kompensation in den übrigen Fällen zulässig sei, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Aufrechnung vorlägen, auch wenn ein Erfordernis der Aufrechnung, z.B. die Gegenseitigkeit, erst durch Vertrag geschaffen wurde[285] und sofern die Aufrechnung noch im Konkurse nach § 54 KO erlaubt und für die Masse mit derselben Einbuße verknüpft sei, einerlei, ob die Aufrechnung vor oder nach Konkursbeginn vollzogen würde.

Dies ist bei der 1. Variante der KVK der Fall: die §§ 54, 55 KO stehen nicht entgegen und eine v o r Konkurseröffnung erfolgte Aufrechnung brächte für die Masse die gleiche Einbuße wie eine nach diesem Zeitpunkt durchgeführte Kompensation, so daß nach Kunick die durch die KVK (1. Var.) eröffneten Rechtsfolgen sich durch Umkehrschluß aus

---

283) dem sich offensichtlich Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 7. Aufl., 1964, Anm. 1 zu § 55 KO anschließen.

284) H. Kunick, Die Einschränkungen der Aufrechnung und der Konfusion im Konkurs, Diss. Berlin, 1926, S.7 ff.

285) Jaeger-Lent, Anm. 2 a.E. zu § 55 KO; Anm. 27 zu § 53 KO; Lent verweist bezüglich des Aufrechnungsvertrages auf Staudinger-Werner, BGB, II. Band, S. 739 f, wo u.a. die Skontration genannt ist; vgl. hierzu die S. 94 ff.

§ 55 KO ergäben und die Aufrechnung gestatteten.

In bezug auf die 2. Variante der KVK würde sich die Sach- und Rechtslage im Konkurs unter Zugrundelegung obengenannter Gesichtspunkte geringfügig anders gestalten.

Würde im Falle der KVK (1. Var.), der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, der § 55 Ziff. 2 und 3 KO analog angewandt, so gälten für die KVK (2. Var.) dieselben Überlegungen jedoch unter Heranziehung des § 55 Ziff. 1 KO; denn diese Vorschrift kommt der Sachlage, wie sie bei der Aufrechnung gegen die Schuld eines Dritten vorgefunden wird, näher.

Im Falle der KVK (2. Var.) ist der Aufrechnende schon v o r dem Insolvenzfall Gläubiger geworden und die Schuld, gegen die aufgerechnet wird, hat ebenfalls schon v o r der Konkurseröffnung bestanden. Schuldner ist zwar nicht der Aufrechnende, sondern ein Dritter, aber kraft v o r Konkurseröffnung geschlossenen Aufrechnungsvertrages bestand diese Kompensationsmöglichkeit zugunsten des Aufrechnenden schon v o r dem Insolvenzfall.

Wie dargelegt,[286)] läßt die Vorschrift des § 55 KO diejenigen Kompensationsmöglichkeiten unberührt, die schon vor dem Insolvenzfall bestanden, auch wenn sie auf einem

---

286) Vgl. S. 89 ff unter Bezug auf B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1508 f, der zwar nur von § 55 Ziff. 2 und 3 KO spricht. Dies erklärt sich aber daraus, daß Börner nur die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten behandelt, nicht jedoch die Aufrechnung gegen die Schuld eines Dritten. Es ist aber kein Grund ersichtlich, diesen für einen Aufrechnungsvertrag entwickelten Gedankengang nicht auch für den Fall des § 55 Ziff. 1 KO heranzuziehen, sofern auch dort ein Aufrechnungsvertrag vorliegt. - Sollte Börner unter II c seiner Ausführungen in bezug auf einen Aufrechnungsvertrag, der unter § 55 Ziff. 1 KO fällt, Gegenteiliges behaupten - seine diesbezüglichen Ausführungen sind recht knapp und mißverständlich - so würde er seinen Darlegungen unter II a widersprechen, da er dort ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Aufrechnungsvertrages abstellt.

Vertrage beruhen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist auch für diesen Fall der Abschluß des Vertrages, so daß auf Grund Börners[287] Überlegungen auch die 2. Variante der KVK die Kompensation nach Konkurseröffnung ermöglichte, sofern der die Aufrechnungsmöglichkeit schaffende Vertrag schon vor dem Insolvenzfall des Gläubigers geschlossen wurde. Kunicks[288] Argumentation folgend wäre aber auch bei der 2. Variante der KVK die konkursrechtliche Lösung nicht durch Analogie, sondern wiederum durch Umkehrschluß zu suchen. Der Gegenschluß zu § 55 Ziff. 1 KO würde für die 2. Variante der KVK ebenfalls ergeben, daß die Kompensation im Konkursverfahren zulässig sei, da durch § 55 Ziff. 1 KO nur dann die Kompensation ausgeschlossen wird, wenn der Aufrechnende erst n a c h Konkurseröffnung Schuldner wurde. Bestand die Aufrechnungsmöglichkeit aber schon v o r der Konkurseröffnung, wenn auch vertraglich vereinbart,[289] so würde die Kompensation durch § 55 Ziff. 1 KO nicht gehindert.

Als Ergebnis dieser Ausführungen kann somit festgehalten werden, daß beide Varianten der KVK, da sie Aufrechnungs-(vor)verträge darstellen, auf Grund der von Börner und Kunick gewiesenen Wege - einmal Analogie, einmal e-contrario-Schluß - ein Kompensationsrecht auch noch n a c h Konkurseröffnung gewähren.

Gegen die Z u l ä s s i g k e i t einer Analogie, sei es Gesetzes- oder Rechtsanalogie, oder eines Gegenteilsschlusses als solche dürften kaum Bedenken bestehen. So

---

287) B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1508 f.

288) Vgl. S. 90 unter Bezug auf H. Kunick, Aufrechnung im Konkurs, S. 7 ff.

289) Vgl. Fußn. 285 auf S. 90.

kannte schon das römische Recht[290] das Institut der analogen Rechtsanwendung und der § 1 des ersten Entwurfes zum BGB, der sie beim Fehlen ausdrücklich gestattender Sondervorschriften expressis verbis allgemein zuließ, wurde von der ersten Kommission zur Beratung des Entwurfes gestrichen,[291] da sie die Fassung des Paragraphen nicht für einwandfrei hielt und darüber hinaus der Ansicht war, daß die Zulassung der Analogie selbstverständlich sei.

Das BGB selbst schreibt übrigens in manchen Fällen[292] die Analogie vor, um die Anwendbarkeit des Gesetzes technisch zu erleichtern. Auch die Rechtsprechung[293] hegte nie Zweifel an der Zulässigkeit der Analogie.

Schwieriger ist jedoch die Frage zu beantworten, ob ein die Analogie (oder einen Umkehrschluß) gestattender Fall vorliegt; denn "die Analogie ist ein mit Vorsicht und Takt zu übendes Verfahren; sie beruht auf einer Abwägung des juristischen Werts der Tatbestandsmomente".[294] Die Analogie ist zulässig, wenn sich die Fälle nur unwesentlich unterscheiden. Hat die Abweichung aber eine wesentiche Bedeutung, was nicht immer auf den ersten Blick zu erkennen

---

290) W. Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, Leipzig 1939, S. 158: "Die Anerkennung des Grundsatzes analoger Rechtsanwendung und seine volle Ausweitung in der römischen Gesetzgebung und in Justinians Kodifikation gehört zu dem wichtigsten Kulturgut des römischen Rechts und der römischen Justiz". - So wurde durch die römische Rechtsprechung die altrömische Rechtsregel, daß der Eigentümer eines "quadrupes", eines vierfüßigen Tieres, für allen von diesem angerichteten Schaden hafte, entsprechend auf Beschädigungen durch nichtvierfüßige Tiere angewandt; so R. Bovensiepen, Analogie und "per argumentum e contrario", Handwörterbuch der Rechtsiwssenschaft, Erster Band, Berlin-Leipzig 1926, S. 133.

291) Protokolle zum BGB, Band I, S. 2.

292) Vgl. z.B. die §§ 515, 1915 BGB.

293) Vgl. z.B. BGH DÖV 1954, 344 (345); BGHZ 26, 78 (83).

294) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen BGB, 1. Bd., S. 43.

ist, so muß sie als unzulässig gelten.[295]

Der Anwendung eines Analogie- bzw. Umkehrschlusses stehen daher erhebliche Bedenken entgegen, da sie theoretisch wie praktisch wichtige Streitfragen heraufbeschwört,[296] ob die Voraussetzungen vorliegen, die eine Analogie bzw. einen Gegenschluß rechtfertigen.

Da im Falle der konkursrechtlichen Wirkungen beider Varianten der KVK zudem durch Börner und Kunick Lösungen entwickelt wurden, die einmal durch die analoge Anwendung des § 55 KO, das andere Mal durch ein "argumentum e contrario" getragen werden, könnte ferner eine Kontroverse darüber entbrennen, in welchem Verhältnis Analogie und Umkehrschluß zueinander stehen.[297]

Diese sicherlich nicht ohne weiteres zu entscheidenden Streitfragen können aber im Falle der KVK vermieden werden, da auf Grund der Tatsache, daß die KVK, wie im folgenden dargelegt wird, einen Skontrationsvertrag darstellt, sich ein unmittelbarer Weg zur Lösung der Frage anbietet, welche Wirkung die KVK im Konkursfalle zeitigt.

5. Die KVK als Skontrationsvertrag

a) Rechtliche Natur der Skontration

Die bei der KVK und nachfolgender Verrechnung vorgefundene Situation, also zunächst schuldrechtlicher Aufrechnungs(vor)vertrag und nachfolgende Kompensation mit der Forderung eines Dritten, bzw. gegen die Schuld eines Dritten, ist aber nicht eine unserem Rechte unbekannte Neuschöpfung, sondern deckt sich mit einem schon seit dem Mittelalter bekannten Institut der Forderungsverrechnung dreier (oder mehrerer) Personen, das überwiegend und heute

---

295) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen BGB, 1. Bd., S. 43/44.

296) R. Bovensiepen, HdR, S. 135/136.

297) Vgl. hierzu U. Klug, Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958, S. 134 ff.

wohl ausschließlich als Skontration bezeichnet wird.[298] Anschütz[299] teilt aus dem zwischen 1207 und 1205 abgefaßten Poenitentiale des Robert von St. Victor oder von Flamesbork unter dem Titel "De usuris" (Schulte p.XXVII) folgendes mit: "In nundinis mercatorum consuetudo est, ut sibi ad invicem credant debita sua usque ad generalem solutionem, quae est in fine nundinarum et gallice dicitur pagiement". Prausnitz[300] allerdings möchte die Skontration erst im 16. Jahrhundert entstanden wissen; er führt sie anscheinend auf die im 13. Jahrhundert durchgeführten Erbenkollationen[301] zurück.

Skontration ist nach herrschender Lehre die auf allseitiger Einwilligung beruhende Ausgleichung gegenseitiger Schulden unter mehr als zwei Personen, welche persönlich oder durch Bevollmächtigte vertreten beisammen sind, um ohne alle oder mit geringer anderweitiger Zahlung die sämt-

---

298) Vgl. hierzu ausführlich Neuhaus, Die Skontration, ihre historische Entwicklung, juristische Natur und volkswirtschaftliche Bedeutung, Diss. Erlangen 1892, S. 4 ff; Cohn bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 3. Band, Abschnitt 3-12, Leipzig 1885, § 448 Anm. 2 (S. 1057). Für die Skontration wurden früher auch u.a. folgende Bezeichnungen verwandt: Skontro, Riskontro, Inkontro, Kontraposition, Skossion, Pari, Rüff, Zahlung mit geschlossenem Beutel; der Ausdruck "Giro" - vgl. Neuhaus, Skontration, S. 5 - hat sich bis auf den heutigen Tag ebenfalls erhalten.

299) Anschütz, Das Institut der Zahlwoche auf den französischen Messen im Anfange des XIII. Jahrhunderts, ZHR 17, 108 (109).

300) O. Prausnitz, Die Geschichte der Forderungsverrechnung (Aufrechnung, Kontokorrent, Skontration), Diss. Marburg 1928, S. 45 ff.

301) Unter Erbenkollation versteht man das Einwerfen von Vermögensbestandteilen in die Erbteilungsmasse in der Absicht, die Teilenden gleichzustellen, keinen von ihnen zu bevorzugen. (Auch der Eintritt in ein Kloster galt als Erbfall).

lichen Schulden zu tilgen.[302]

Auch bei der Skontration wird, ebenso wie beim Aufrechnungsvertrag,[303] sprachlich sehr selten genau zwischen der schuldrechtlichen Vereinbarung, also dem Vorvertrag, und der nachfolgenden Verrechnung, der Verfügung, geschieden: i.d.R. wird beides als Skontration bezeichnet.[304] Lediglich Arndt[305] verwendet für die schuldrechtliche Vereinbarung zur Deutlichmachung den Ausdruck "antizipierter Aufrechnungsvertrag" und Cohn[306] nennt ihn "pactum de compensando".

Diesen wirtschaftlichen Vorgang des Vollzuges der Skontration - also des verfügenden Teiles - unter juristische Normen zu subsumieren, boten sich zwei im Prinzip verschiedene Lösungswege an: die Anweisung und die Aufrechnung.

---

302) Thöl, Das Handelsrecht, Erster Band, Zweite Abteilung, 5. Auflage Leipzig 1876, § 339, S. 522 und ihm folgend u.a. Cohn bei Endemann, Handelsrecht S. 1056; E. Arndt, Über den Aufrechnungsvertrag des bürgerlichen Rechts in Theorie und Praxis, Diss. Halle 1911, S. 71; Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Zweiter Band, 7. Auflage, Regensburg 1847, § 567, S. 835. - Sollte sich aus der Vereinbarung der KVK nicht ausdrücklich ergeben, daß es sich dabei um eine Skontration handelt, so könnte dies trotzdem gem. §§ 133, 157 BGB nichts an der rechtlichen Natur der Vereinbarung ändern.

303) Vgl. S. 50.

304) Cohn bei Endemann, Handelsrecht, § 448, S. 1057 Fußn. 3: "Das Skontrieren, scontrare bedeutet einerseits die ganze Ausgleichsverhandlung, andererseits auch die einzelnen Akte, durch welche die Ausgleichung realisiert wird, als solche."

305) E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 74.

306) Bei Endemann, Handelsrecht, § 448, S. 1070.

v. Godin[307] sieht in der Forderungsverrechnung eine Häufung von Anweisungen in dem Sinne, daß jeder, der etwas zu empfangen und etwas zu leisten hat, denjenigen, von dem er etwas zu empfangen hat, anweist, das, was er zu bekommen hat, an denjenigen zu leisten, an den er, der Anweisende, selbst etwas zu leisten hat.Es solle hierbei die abstrakte Natur der Anweisung zur Geltung kommen und es brauche kein Anstoß daran genommen zu werden, daß sich praktisch das Abrechnungsverfahren nicht in den Formen der Anweisung abspiele, also in der Begebung von Urkunden an die Anweisungsempfänger.

Auch die ältere Literatur[308] scheint die Skontration als Fall der Anweisung zu sehen; denn sie spricht häufig von der "Delegation", die, obwohl ein offenbar komplexer Begriff,[309] im Falle der Skontration nur mit "Anweisung" übersetzt werden kann.

v. Godin[310] übt aber an seiner Theorie sogleich selbst Kritik, indem er zugibt, daß diese Lösung nicht befriedige, da der Angewiesene frei bleibe und Angewiesener und Anweisungsempfänger sich hier nicht identifizieren

---

307) In RGR-Komm. z. HGB, 2. Aufl., Berlin 1963, § 365 Anh. I Anm. 19 (S. 509); ähnlich K. Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909, § 68 VI (S. 596): er sieht in der Skontration ein "zweckmäßig angelegtes System von Zessionen, Über- und Anweisungen und Kompensationen". - Ein recht kompliziertes "zweckmäßiges System"!

308) Sie sieht in der Skontration einen modernen Anwendungsfall der (römisch-rechtlichen) Delegation; so Thöl, Handelsrecht, § 341, S. 527; Cohn bei Endemann, Handelsrecht, S. 1071, der aber alternativ zur Delegation auch die Zession nennt; L. Kuhlenbeck, Der Check, Leipzig 1890, Kap. VIII, S. 141; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., S. 293, der aber ab der 7. Aufl. eine Aufrechnung annimmt, vgl. dessen 12. Aufl. § 118 II 1 d,S. 348; R. Koch, Abrechnungsstellen (Clearing-Häuser) in Deutschland und deren Vorgänger, ZHR 29, 59 (76), enthält sich einer Stellungnahme bezüglich der rechtlichen Natur und nennt sowohl die Aufrechnung als auch die Delegation.

309) Vgl. Wolfgang Endemann, Der Begriff der Delegatio, Marburg 1959, S. 1, 4, 34.

310) Vgl. Fußn. 307.

lassen, wenn sich zugunsten des Anweisenden eine Spitze ergebe.

Auch Schlegelberger[311] sieht in der Skontration eine Anweisung, obwohl die Skontration seiner Meinung nach im praktischen Ergebnis einer Aufrechnung gleicht. Er lehnt jedoch das Institut der Kompensation ab, da er das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht gewahrt sieht. Dieser Einwand ist aber nicht stichhaltig, da, wie schon oben auf S. 48 dargelegt, die Gegenseitigkeit durch Vertrag ohne weiteres abbedungen werden kann.

Nach herrschender Ansicht[312] ist die Skontration eine Forderungsverrechnung von mehr als zwei Personen, die auf Aufrechnungsvertrag beruht. Nach dem auf S. 49 f Gesagten und der dort erfolgten Begriffsbestimmung ist ein Vertrag, der eine zukünftige Skontration ermöglichen soll, ein Aufrechnungs(vor)vertrag.

Aber auch auf der Seite, die in der Skontration eine Aufrechnung sieht, herrscht keine Einigkeit über den Vorgang. Ein Großteil der Autoren begnügt sich mit dem Hinweis, daß es sich um eine Kompensation handelt, während nur wenige die Skontration genau zu erfassen versuchen.

Cohn[313] sieht in der Skontration - in ihrem verfügenden Teil - eine Reihe von Zessionen und Kompensationen, die dergestalt vonstatten gehen, daß die Gläubiger ihre Forderungsrechte anderen Personen zedieren. Jeder Zedent habe hierbei das Bestreben, einen Zessionar zu finden,

---

311) Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 4. Aufl., Anh. zu § 365 Anm. 8.

312) Staudinger-Werner, BGB, Vorbem. II Anm. 1 zu § 387; BGB-RGRK, Anm. 20 vor § 387; Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 387; Erman-Westermann, Anm. 2 vor § 387; Siebert-Reimer Schmidt, Rdn. 4 vor § 387; Cosack, Handelsrecht, S. 348 f; E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 74; v. Blume, Schuldübertragung, S. 87 Fußn.3 Bandasch, Komm. z. HGB, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1960, Anh. zu § 365 Nr. 3.

313) Bei Endemann, Handelsrecht, S. 1071.

der sein eigener Gläubiger und womöglich auch Schuldner seines Schuldners ist. Durch diese Zessionen treten Personen zu anderen in ein Gläubigerverhältnis, die gleichzeitig zu ihnen bereits in einem Schuldnerverhältnis standen und daher ganz oder teilweise kompensieren können. Auf diese Weise schaffen die Beteiligten untereinander Verhältnisse, die Kompensationen der einzelnen untereinander ermöglichen.[314)]

Dieses Verfahren ist aber sicher nicht als einfach zu bezeichnen und dürfte auch nicht der tatsächlichen Handhabung entsprechen; es bietet sich auch eine praktikablere Lösung an, indem man annimmt, daß sich ein fingiertes Subjekt, die Gesamtheit der Beteiligten, an der Skontration beteiligt.[315)]

---

314) Wie schon in Fußn.300 auf S.97 erwähnt, enthält sich Cohn in bezug auf die rechtliche Natur der "einfachen Skontration" (er bezeichnet damit die Skontration außerhalb eines Clearingvereins) der Stellungnahme und spricht hierbei alternativ von Delegation und Zession.

315) Trumpler, Skontration, ZHR 50, 434 (435); E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 73 unter bezug auf Cosack, Handelsrecht, 7. Aufl., S. 314 - ebenso Cosack, 12. Aufl., S. 347 f; Kuhlenbeck, Der Check, S. 141, er sieht allerdings das Rechtsgeschäft mit diesem Subjekt als Delegation an; Cohn bei Endemann, Handelsrecht, S. 1072 gibt dieser Lösung für das Clearing ebenfalls den Vorzug und erwähnt die Alternativmöglichkeit der Delegation nur in einer Fußnote. - Da aber das Clearing auf der Skontration beruht (hM, vgl. Staudinger-Werner, Vorbem. II Anm. 1 zu § 387; BGB-RGRK Anm. 20 vor § 387; Erman-Westermann Anm. 2 vor § 387; BAndasch, HGB Anh. zu § 365 Nr. 3), d.h. lediglich eine personelle Erweiterung mit entsprechender Komplizierung des Verwaltungsvorganges darstellt, ist nicht ersichtlich, warum einige Autoren die Skontration rechtlich anders würdigen möchten als das Clearing. (Ein weiterer Unterschied zwischen Skontration und Clearing besteht darin, daß die Skontration nur fallweise durchgeführt wird, während das Clearing zu einer festen Institution wird). RGZ 119, 1 (4) bezeichnet allerdings auch die Forderungsverrechnung unter drei Personen dergestalt, daß - wie bei der KVK (2. Var.) - gegen die Schuld eines Dritten aufgerechnet wird, als Clearing. - Staudinger-Werner, Vorbem. II Anm. 1 zu § 387, sprechen davon, daß bei der

Bei der dergestalt durchgeführten Skontration erübrigen sich die Substitutionen der einzelnen Beteiligten. Erforderlich ist lediglich, daß die einzelnen Forderungen innerhalb des fingierten Subjekts,[316] das nach Vollzug der Skontration wieder ausscheidet, begründet sind. Die Skontration wird in praxi folgendermaßen durchgeführt: jeder der Beteiligten stellt zunächst die Summe seiner Forderungen und Schulden fest. Dies kann zu dreierlei Resultaten führen: die Summe der Aktiva deckt sich mit der Summe der Passiva; sie kann aber auch höher oder niedriger sein. Als Aktiv- bzw. Passivsaldo ist auch die Summe der Forderungen oder Schulden derjenigen Skontranten zu bezeichnen, die ausschließlich mit Schulden oder Forderungen beteiligt sind.[317]

Fortsetzung von Fußn. 315 von S. 99.

Skontration ein "Kreis" gebildet wird; K. Lehmann, Lehrbuch des Handeslrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912, § 186 Nr. 2 nennt ein Gesellschaftsverhältnis. - Der Praxis am nächsten ist die Annahme einer einzigen Ausgleichungsmasse, in welche jeder seine Forderungen einwirft und zugleich die Tilgung seiner Schulden erwartet; so Neuhaus, Skontration, S. 42, allerdings lediglich für das Clearing, während er für die Skontration ein Zusammenwirken von Delegation und Kompensation sieht (S. 38). In der Skontration nur eine Kompensation zu sehen, lehnt Neuhaus auf S. 37 offensichtlich nur deswegen ab, da er die Gegenseitigkeit der Forderungen zur Aufrechnung für unerläßlich hält, was aber, s.S. 48 u.98 der vorliegenden Arbeit, im geltenden Recht nicht erforderlich ist. - J.v. Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht § 64, 1 b, stellt die Annahme einer einzigen Ausgleichsmasse sehr anschaulich an den ihren Gewinn und Verlust verrechnenden Skatspielern dar.

316) Für die Annahme der Existenz eines solchen Subjekts ist nicht erforderlich, daß dies z.B. in der Form eines Giroverbandes o.ä. verkörpert wird; die Gesamtheit der Skontranten kann auch ein Subjekt bilden, ohne dies in irgendeiner Form zu manifestieren. Dies ist unserem Rechtsleben nicht fremd, vgl. z.B. die Erbengemeinschaft.

317) E. Arndt, Aufrechnungsvertrag S. 74.

Als Gläubiger der Gesamtschuld resp. als Schuldner des Gesamtguthabens des einzelnen fungiert nun die Gesamtheit der Skontranten wie ein selbständiges Subjekt. Die solcherart zustandegekommene Gegenseitigkeit der Forderungen zwischen der Gesamtheit und dem einzelnen ermöglicht die Kompensation.

Wurde eine vollständige Verrechnung erreicht, so wird der einzelne Skontrant durch das weitere Verfahren nicht mehr berührt. Ergibt sich aber bei einem Skontranten ein Passivsaldo, so hat er gemäß der zugrundeliegenden Vereinbarung, des "pactum de scontrando", an denjenigen Beteiligten, der einen Aktivsaldo ausweist, in Höhe seines Passivsaldos zu leisten. Wie dieses im einzelnen vonstatten geht, d.h. welchem Skontranten gegen welchen anderen Beteiligten nunmehr eine Forderung zusteht, ergibt ein von den Skontranten zu erstellender Verrechnungsplan.[318)]

Bei einer Skontration unter nur drei Personen wie bei der aufgrund der KVK vollzogenen Forderungsverrechnung ergibt sich ohne weiteres von selbst, also ohne Verteilungsplan, wer noch an wen zu leisten hat.[319)] Als Beispiel hierfür mag wiederum das sehr anschauliche Beispiel der ihren Gewinn und Verlust verrechnenden Skatspieler dienen;[320)] welches darüber hinaus auch noch darlegt, wie auch Arndt[321)]

---

318) E. Arndt, Aufrechnungsvertrag S. 74.

319) Dies ist zwar ein Unterschied zum Clearing, der aber lediglich in bezug auf die Durchführung in praxi von Bedeutung ist, was daher auf die r e c h t l i c h e Ausgestaltung keine Auswirkungen haben kann. Bei der KVK läßt sich sogar ein Verteilungsplan in der Motivation des Abschlusses erkennen: die Kompensation wird mit dem Nicht-Konzernangehörigen ins Auge gefaßt, während die Saldoausgleichung innerhalb des Konzerns stattfinden soll.

320) Vgl. J.v. Gierke, Handelsrecht § 64, 1 b und Fußn. 315 S. 100 der vorliegenden Arbeit.

321) E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 87/88 und S. 100 der vorliegenden Arbeit; Cohn bei Endemann, Handelsrecht, Fußn. 87 auf S. 1070.

ausführte, daß nicht jeder Skontrant Gläubiger u n d Schuldner sein muß, sondern es vollauf genügt, wenn nur e i n e dieser Eigenschaften auf ihn zutrifft.

Die Präsenz aller bei der Skontration ist nicht erforderlich,[322] eine Vertretung durch einen Bevollmächtigten, der auch Mitkontrahent[323] sein kann, ist statthaft.

Hierbei ist "Skontration" wieder in ihren rechtlich zwei verschiedenen Bedeutungen zu verstehen; sowohl in ihrem schuldrechtlichen, als auch in ihrem verfügenden Teil.[324]

Somit ist einerseits der Abschluß des "pactum de scontrando" und somit auch der KVK (1. Var.) rechtsgültig, ohne daß möglicherweise der Dritte, der seine Forderung zur Verfügung stellt, bzw. stellen soll, davon im Moment des Abschlusses unterrichtet zu sein braucht.[325] Andererseits entbehrt auch die durch den Schuldner erklärte Aufrechnung nicht der Rechtswirksamkeit, sofern sie nur durch die

---

322) Cohn bei Endemann, Handelsrecht, S. 1069 mit weiteren Nachweisen; Thöl, Handelsrecht, S. 522 Fußn. 13; vgl. auch die auf S. 95 der vorliegenden Arbeit niedergelegte Definition der Skontration: "... welche persönlich oder durch Bevollmächtigte vertreten beisammen sind ...".

323) Cohn bei Endemann, Handelsrecht, S. 1069 schreibt zwar, daß dies nur ausnahmsweise statthaft sei. Seine Bedenken sind aber nur dadurch zu erklären, daß er die Interessen des Dritten gewahrt wissen möchte; diesbezüglich dürften bei der KVK keine Befürchtungen vorliegen, so daß die Vertretung durch einen Mitkontrahenten zuzulassen ist. Insbesondere stehen dem ja auch die Vorschriften des BGB nicht entgegen.

324) denn in jedem Falle hat der Kompensation der schuldrechtliche Vertrag voranzugehen; denn erst er ermöglicht die Aufrechnung, da durch ihn die nicht kraft Gesetzes aufrechenbaren Forderungen aufrechenbar werden. Manchmal scheinen allerdings - so bei Vereinbarung und sofortigem Vollzug - die beiden Teile (Vertrag und Verfügung) zusammenzufallen. Vgl. hierzu auch S. 96.

325) Vgl. S. 55.

Ermächtigung des Dritten gedeckt ist.[326]

Gleiches gilt auch für die 2. Variante der KVK, der Aufrechnung gegen die Schuld eines Dritten. Auch diese Vereinbarung kann ohne Beisein des Schuldners getroffen und die Skontration als Verfügung ohne seine Anwesenheit vollzogen werden; hierfür ist nicht einmal seine Ermächtigung erforderlich.[327]

Cohn[328] bringt in seinen Ausführungen einen Fall der Skontration, der fast genau die bei der KVK (1. Var.) vorhandene Situation trifft: "Wäre es aber keine Skontration, wenn A und B sich etwa dahin einigen, ihr bestehendes Schuldverhältnis dadurch zu tilgen, daß A seinen Schuldner C dem B, dessen Gläubiger C ist, überweist, sofern nur der abwesende C auf Benachrichtigung schriftlich zustimmt? Ungewöhnlich mag es freilich sein."

Bei der KVK (1. Var.) liegt insofern eine Modifikation vor, als C, um bei diesem Buchstabenbeispiel zu bleiben, nicht Schuldner des A ist, sondern A durch den Vollzug der Skontration[329] erst Schuldner des C wird. Wie aber schon mehrfach erwähnt, ist es nicht erforderlich, daß jeder gleichzeitig Schuldner und Gläubiger ist.[330]

Ferner liegt ein Unterschied zu dem oben erwähnten Beispiel darin, daß C., also der Dritte, bei Abschluß des "pactum

---

326) Vgl. S. 55/56; ebenso OLG Wolfenbüttel, ZHR 17, 215: die Skontranten wohnten an verschiedenen Orten. In casu wurde eine Skontration zwar abgelehnt, da eine diesbezügliche Vereinbarung nicht getroffen worden war, der beklagte Schuldner aber trotzdem seine Leistung nicht an seinen, sondern an dessen Gläubiger bewirkt hatte. Der Beklagte hatte also ohne erforderlichen Skontrationsvertrag die Skontration zu vollziehen beabsichtigt.

327) Vgl. S. 43 ff und S. 57.

328) Bei Endemann, Handelsrecht, S. 1070, Fußn. 87.

329) Kraft des Skontrationsvertrages.

330) Vgl. S. 100.

de scontrando" noch nicht bestimmt ist. Dies ist erst der Fall bei der Durchführung der Skontration als Verfügungsgeschäft. Aus dem auf S. 80 ff Dargelegten folgt aber, daß auch dies dem Abschluß des Vertrages nicht hinderlich entgegensteht; denn erforderlich ist nur, daß zum Zeitpunkt der (verfügenden) Kompensation die zur Aufrechnung herangezogene Forderung genau bestimmt wird.

Ein der 2. Variante der KVK entsprechender Fall wurde vom RG[331] entschieden: Die Beklagte hatte beabsichtigt, die Schuld eines Dritten durch Aufrechnung zu tilgen, hatte daher die Aufrechnung erklärt und verweigerte die Leistung. Die Klägerin hat dieser Aufrechnung widersprochen und ist mit ihrer Klage durchgedrungen. Die Kompensation ist in diesem Falle deswegen nicht erfolgt, da kein Verrechnungsvertrag zugrunde lag und, wie ausgeführt,[332] der § 267 BGB nur zuläßt, daß die geschuldete Leistung durch einen Dritten erbracht wird; Erfüllungssurrogate braucht sich der Gläubiger durch einen Dritten nicht aufdrängen zu lassen. Die gegenteilige Ansicht würde nach der Meinung des RG[333] "auf einen Zwang zum Clearing hinauslaufen".

Damit sagt aber das RG, daß die solcherart vollzogene Verrechnung, sofern sie statthaft gewesen wäre,[334] sich als Clearing erwiese. Da Clearing und Skontration rechtlich identisch[335] sind, wird durch diese Entscheidung die in vorliegender Arbeit vertretene Ansicht bestätigt, daß die auf vertraglicher Basis beruhende Aufrechnung gegen die gegen einen Dritten gerichtete Forderung einen Fall der Skontration darstellt.

---

331) RGZ 119, 1 ff.

332) Vgl. S. 43/44.

333) RGZ 119, 1 (4)

334) Die Verrechnung war nur deswegen nicht statthaft, weil die erforderliche vertragliche Vereinbarung nicht vorlag.

335) Vgl. S. 99 Fußn. 315.

Zusammenfassend sollen zur Verdeutlichung die Besonderheiten der Skontration gegenüber dem Aufrechnungs(vor)vertrag herausgestellt werden:
Liegen die gesetzlich normierten Voraussetzungen der Aufrechnung - Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Gültigkeit, Fälligkeit, Durchsetzbarkeit der Aktivforderung und Erfüllbarkeit der Passivforderung[336] - nicht vor, so ist, um dennoch kompensieren zu können, ein zwischen beiden Forderungsinhabern abzuschließender Aufrechnungs(vor)vertrag erforderlich, um die sich gegenüberstehenden Forderungen in sich entsprechender Höhe durch Aufrechnung zum Erlöschen zu bringen. Wird in diesem schuldrechtlichen Aufrechnungsvertrag jedoch das Erfordernis der Gegenseitigkeit abbedungen, wird also der bei der Aufrechnung im Regelfalle vorzufindende Personenkreis von zwei auf drei (oder mehr) erweitert, so bezeichnet man die dergestalt zu vollziehende "Kompensation", also die Verrechnung der Forderungen dreier (oder mehrerer) Personen, als Skontration bzw. Clearing,[337] die, ebenso wie die vertragliche Aufrechnung zwischen zwei Personen, auf einem Aufrechnungs(vor)vertrag beruht, der aber zur Kenntlichmachung zweckmäßigerweise als Skontrationsvertrag ("pactum de scontrando") bezeichnet wird, da der Begriff Skontration bzw. Clearing sowohl den schuldrechtlichen als auch den verfügenden Teil der Verrechnung umfaßt.

Daß beide Varianten der KVK, sowohl die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, als auch die Aufrechnung gegen die gegen einen Dritten gerichtete Forderung, rechtlich eine (als Skontration bezeichnete) Einheit darstellen, wird auch durch andere Überlegungen erhärtet.

Zunächst bestätigt dies der Sprachgebrauch, der, vom wirtschaftlichen Erfolg ausgehend, beide Varianten unterschiedslos als KVK bezeichnet.

---

336) Larenz, Schuldrecht, § 27 III a.

337) Bezügl. des Unterschiedes von Skontration und Clearing vgl. S. 99 Fußn. 315.

Aber auch noch eine weitere Überlegung spricht für die Annahme der rechtlichen Identität in Form der Skontration.

Der Fall, auf den beide Varianten der KVK Anwendung finden, sieht dergestalt aus, daß der Gläubiger eines konzernangehörigen Unternehmens gleichzeitig Schuldner eines anderen demselben Konzern angehörigen Unternehmens ist und daß diese Forderungen kraft vorangegangenen Vertrages zur Verrechnung gelangen. Allein der praktisch unbedeutsame Unterschied, welches Konzernunternehmen die Verrechnung durch Aufrechnungserklärung bewirkt,[338] kann nicht in der Lage sein, zu einer rechtlich differenzierten Beurteilung des Vorganges zu führen: hie Aufrechnung des Schuldners mit der Forderung eines Dritten, hie Aufrechnung des Gläubigers gegen eine gegen einen Dritten gerichtete Forderung, so daß sich auch aus diesem Gesichtspunkt die Annahme eines einheitlichen Vorganges, der Skontration, ergibt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß beide Varianten der KVK ein "pactum de scontrando" darstellen und daß die nachfolgende Verrechnung dem verfügenden Teil der Skontration entspricht.

Daß die KVK u.U. nur zur Sicherung vereinbart wurde, kann dieses Ergebnis nicht beeinträchtigen, da auch Forderungsabtretungen, Pfandbestellungen, Übereignungen etc. nur aus diesem Gesichtspunkt erfolgen.[339] Letztgenannte Sicherungsinstitute greifen in die Rechtssphäre des Sicherungsgebers sogar noch viel stärker ein, da sie verfügender Natur sind,

---

338) Abgesehen davon, daß das Unternehmen, das Schuldner ist und die Aufrechnung erklärt, ermächtigt sein muß, über die Forderung des Dritten zu verfügen. Dies ist aber nichts Außergewöhnliches und daher ohne weitere Bedeutung; denn es wäre ein unhaltbarer Zustand, wollte jemand ohne Einwilligung seitens des Forderungsinhabers dessen Forderung zur Tilgung einer eigenen Schuld verwenden. - Bei der KVK (2. Var.) entfällt diese Modalität, da der Aufrechnende als Rechtsträger verfügt.

339) Vgl. S. 2 ff.

während die KVK als lediglich schuldrechtliche Vereinbarung eine eventuelle Aufrechnung ermöglicht.

b) Wirkung der Skontration im Konkursfalle

Da unsere Konkursordnung nicht ausdrücklich vorsieht, welche Rechtsfolgen die Skontration im Konkurs nach sich zieht, erscheint es angebracht, einen Vergleich mit einem anderen, ebenfalls in der KO nicht niedergelegten Institut des Handelslebens, dem Kontokorrent, zu ziehen und zu prüfen, ob sich die dafür entwickelten Rechtsfolgen auf die Skontration übertragen lassen.

Beim Kontokorrent ist nach herrschender Ansicht[340] ein Aufrechnungsvertrag in dem Vertrag enthalten, durch den zwei Personen, die im Kontokorrentverkehr stehen, ihre gegenseitigen Guthaben aufrechnen. Hier werden die einzelnen für jede Seite bestehenden Forderungen zusammengerechnet und durch Anerkennung für jede Seite eine Summenforderung gebildet, welche den Gutposten dieser Seite entspricht. Diese beiden Summenforderungen werden dann, soweit sie sich decken, aufgerechnet; die Vereinbarung dieses Kontokorrents ist somit ein Aufrechnungsvorvertrag,[341] die folgende Anerkennung des Saldos ein Aufrechnungsvertrag.[342]

---

340) Staudinger-Werner Vorbem. II, 2 zu § 387; Enneccerus-Lehmann § 69 I 3; Erman-Westermann Anm. 2 vor § 387; Palandt-Danckelmann Anm. 2 zu § 387; BGB-RGRK Anm. 21 Vor § 387; Siebert-Reimer Schmidt Anm. 4 vor § 387; v. Gierke, Handels- u. Schiffahrtsrecht § 63 IV b; E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 61 ff; stdge RSprchg, vgl. RGZ 162, 244 f; - Schlegelberger Anm. 4 zu § 355 HGB und v. Godin in RGR-Komm z. HGB Anm. 2 zu § 355 halten eine Auseinandersetzung mit den Theorien für fruchtlos.

341) Siebert-Reimer Schmidt Anm. 4 vor § 387; vgl. auch die Ausführungen auf S. 49 f.

342) In dem auf S. 49 dargelegten Sinne, daß dadurch die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen in der Höhe, in der sie sich entsprechen, erlöschen; bezügl. des Bankenkontokorrents ausführlich M. Schaudwet, Bankenkontokorrent und allgemeine Geschäftsbedingungen, Berlin 1967, S. 46.

Wird beim Kontokorrentverkehr über das Vermögen eines der beiden Vertragsteile der Konkurs eröffnet, dann erlischt der Laufrechnungsvertrag. Eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhaltes kennt unsere Rechtsordnung im Unterschied zu ausländischen Rechten[343] jedoch nicht. Auch ergibt sich das Erlöschen als allgemeine Rechtsfolge weder aus § 55 Nr. 1 noch aus § 65 KO, obwohl diese Rechtssätze den Fall treffen, daß der Vertragspartner des Geminschuldners bei Konkurseröffnung ein als Konkursforderung zu verfolgendes Guthaben hat. Die Anwendbarkeit des § 17 KO scheitert daran, daß der Laufrechnungsvertrag als solcher nicht auf Leistung um Gegenleistung gerichtet ist.[344] Das grundsätzliche Erlöschen muß aber deshalb bejaht werden, weil der Zweck des Kontokorrents, die Schuldenabwicklung unter den Vertragsparteien zu regeln, mit dem Konkurszweck unvereinbar ist; so die heute bei weitem überwiegende Ansicht, zumindest für den Fall, daß der Gemeinschuldner bei Konkurseröffnung Kontokorrentschuldner ist. Die Folge ist, daß der Saldo für den Zeitpunkt der Konkurseröffnung berechnet wird. Saldoziehung bedeutet also in diesem Falle: Aufrechnung n a c h Konkurseröffnung, soweit sich die gegenüberstehenden Forderungen decken. Ein Überschuß zugunsten des Gemeinschuldners wird Bestandteil der Masse, ein Überschuß zugunsten der anderen Seite ist Konkursforderung.[345]

Oetker[346] hingegen geht sogar noch einen Schritt weiter und legt den Parteiabreden und dem Verhalten der Parteien

---

343) Vgl. die Nachweise bei Jaeger-Lent Anm. 10 zu § 65.

344) F. Kopfstein, Der Einfluß des Konkurses auf eine bestehende Kontokorrentverbindung, ZHR 77, 78 ff.

345) hM, Mentzel-Kuhn Anm. 4 zu § 55, Anm. 3 zu § 63; Jaeger-Lent Anm. 8 zu § 65 mit weiteren Nachweisen; M. Schaudwet, Bankenkontokorrent, S. 72; stdge RSprchg, vgl. RGZ 22, 148 (150); 125, 411 (416); 149, 19 (25); 162, 244 (245).

346) F. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891, Band 1, § 5 (S. 257); desgl. F. Kopfstein, Der Einfluß des Konkurses auf eine bestehende Kontokorrentverbindung, ZHR 77, 91 f.

nach Konkurseröffnung die ausschlaggebende Bedeutung bei. Zudem spricht er aber darüber hinaus dem Gläubiger des Gemeinschuldners das Kompensationsrecht zu, falls er das Kontokorrentverhältnis nicht fortführen möchte.

Was aber für das Kontokorrent gilt, muß auch für die Skontration von Relevanz sein. Beide, Kontokorrent und Skontration, sind Schöpfungen des kaufmännischen Lebens,[347] beide besitzen rechtlich die gleiche Natur; denn sie werden durch Aufrechnungsvorverträge für die Parteien verbindlich und der Akt der Verrechnung ist eine Kompensation; beide verfolgen den Zweck, viele Zahlungen durch bloßen Zahlungsausgleich zu ersetzen: das Kontokorrent viele aufeinanderfolgende Zahlungen unter zwei Beteiligten, die Skontration viele gleichzeitige unter mehreren Beteiligten.[348]

Diese durch das Wesen der beiden Institute begründete Verschiedenheit der eventuellen Dauer[349] und der Zahl der

---

347) v. Godin in RGR Kommentar zum HGB, Anh. I zu § 365 Anm. 19; L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Erster Band, Erste Abteilung, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891, S. 327 f; V. Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Allgemeine Einleitung, 1. Band, Leipzig 1913, S. 105.

348) P. Eltzbacher, Deutsches Handelsrecht, Berlin 1924, S. 146.

349) Das Kontokorrent stellt, wie schon der Name besagt, eine laufende Rechnung dar, ist also in der Regel für einen längeren Zeitraum geplant. Das HGB spricht in § 355 Abs. 2 von jährlicher Abrechnung, während die Skontration zwar auch zu organisierten, ständigen Skontrationsgesellschaften führen kann - vgl. vor allem das Clearing -, im Falle der KVK allerdings nur eine "einfache Skontration" vorliegt, welche durch zufällig interessierte Personen herbeigeführt wird (E. Arndt, Aufrechnungsvertrag, S. 75; Kuhlenbeck, Der Check, S. 140, 141). - Aus § 355 Abs. 2 HGB folgt überdies nicht, daß das Kontokorrent in jedem Falle über einen längeren Zeitraum beibehalten werden muß; denn diese Vorschrift enthält dispositives Recht und der 3. Absatz dieses Paragraphen sieht sogar jederzeitige Kündigung vor, so daß durchaus der Fall möglich ist, daß beim Kontokorrent nicht mehr Forderungen zur Verrechnung gelangen als bei der Skontration.

daran beteiligten Personen[350] kann aber nicht zu einer prinzipiell anderen konkursrechtlichen Lösung führen. Hat der Kontokorrentpartner die Möglichkeit, im Konkurs in vollem Umfange aufzurechnen, so muß man dies dem Skontranten ebenfalls zugestehen; denn beide haben ihre Aufrechnungsmöglichkeit schon vor Konkurseröffnung herbeigeführt: beim Kontokorrent besteht zwar grundsätzlich die Aufrechnungsmöglichkeit wegen gegebener Gegenseitigkeit, die Aufrechnung wird aber vertraglich auf einen späteren Zeitpunkt, den der Saldoziehung, zurückverlegt, während bei der Skontration die fehlende Gegenseitigkeit durch einen Vertrag ersetzt wird, die Aufrechnung aber möglicherweise deswegen unterblieb, da die zur Aufrechnung benutzte Forderung noch nicht fällig war, gem. § 54 KO aber nach Konkurseröffnung zur Kompensation verwandt werden kann.

Diese wesensmäßige Verschiedenheit der beiden Institute muß aber insofern zu einer ungleichartigen Behandlung führen, da das Kontokorrent nach hM durch den Konkursfall ipso jure erlischt und vorzeitig zu saldieren ist, während bei der KVK es nach dem Parteiwillen - wie dies Oetker und Kopfstein[351] sogar für das Kontokorrent fordern - dem Gläubiger oder dessen Ermächtigten vorbehalten bleiben muß, welche Konsequenzen er aus der Insolvenz seines Partners zieht und ob und mit welcher Forderung er aufrechnen möchte, da in der KVK nicht die Kompensation schlechthin vereinbart wurde,[352] sondern es sich nur um einen Vertrag han-

---

350) Man könnte die Skontration durchaus auch als personell erweitertes Kontokorrent ansehen; die nahe Verwandtschaft dieser beiden Institute wird auch durch die Bemerkung Cohns bei Endemann, Handelsrecht, S. 1069 belegt, daß der Sprachgebrauch für die Kompensation unter zwei Personen nie den Namen Skontration anwendet, womit offensichtlich gesagt werden soll, daß es wegen der nahen Verwandtschaft denkbar wäre; ebenso H.Thöl, Handelsrecht, § 339 Not. 11 (S. 522).

351) Vgl. Fußn. 346 S. 108.

352) Vgl. S. 49 ff.

delt, der die Aufrechnungsmöglichkeit eröffnet, so daß für das Kontokorrent der § 65, für die Skontration aber § 53 KO Anwendung findet.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die konkursrechtlichen Folgen sowohl des Kontokorrents als auch der Skontration in der KO nicht ausdrücklich geregelt sind, aber der Kontokorrentgläubiger nach herrschender Ansicht und ständiger Rechtsprechung im Konkurs kompensieren kann, woraus sich ergibt, daß auch der an der Skontration Beteiligte zur Aufrechnung befugt ist, da der Laufrechnungsvertrag und die Skontration wesensverwandte Institute des Handelsverkehrs sind und sich daher eine ungleichartige Behandlung im Konkurs verbietet.

Aber ungeachtet dieser Parallele mit dem Kontokorrent ergibt sich dieses Ergebnis auch aus der geschichtlichen Entwicklung der Skontration und letztlich aus der KO selbst. Cohn[353] stellt zu dieser Frage fest, daß die Geltendmachung der bei der Skontration überwiesen erhaltenen Forderung innerhalb und außerhalb des Konkurses den allgemeinen Regeln folge, die im folgenden dargelegt werden sollen. Goldschmidt,[354] auf den sich Cohn bezieht, führt dazu aus, daß die durch gegenseitige Wechselakzeptation[355] im Skontroverband stehenden Kaufleute im 18. und 19. Jahrhundert auch im Konkurs ein Kompensationsrecht wegen aller, selbst nicht fälliger Forderungen besaßen.

---

353) Bei Endemann, Handelsrecht, S. 1073.

354) L. Goldschmidt, Handelsrecht, § 96, S. 1003.

355) Welche Art der Zahlung vorgesehen ist, ist für die Skontration unerheblich. Selbst die Verrechnung verschiedener Währungen ist möglich, O. Prausnitz, Forderungsverrechnung, S. 47.

Goldschmidt[356] nennt zum Beweise eine Reihe von Markt- und Wechselordnungen, die diesen Fall ausdrücklich regelten.

Daß in späteren Gesetzen die Skontration nicht mehr gesondert erwähnt wird, erklärt sich daraus, daß von der Voraussetzung des Skontroverbandes abgesehen wird und das Kompensationsrecht zu einem allgemeinen privilegierten Deckungsrecht erweitert wird.[357]

Im Gebiet des preußischen Rechts war hingegen durch die Allgemeine Preußische Wechselordnung vom 30. Juni 1751 bzw. durch das Allgemeine Landrecht schon früh sogar das bevorzugte Deckungsrecht des Wechselgläubigers beseitigt worden und es galten, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die sehr engen Grundsätze des bürgerlichen Rechts, nach welchem nur die Wahl zwischen Faustpfand mit sehr erschwerter Pfandrealisierung und einem im Konkurs erlöschenden bloßen Retentionsrecht[358] bestand.

Erst durch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 wurde wenigstens allen kaufmännischen Kommissionären und Spediteuren

---

356) L. Goldschmidt, Handelsrecht, S. 1003 ff, Fußn. 22 ff; so bestimmte die "Erneuerte Wechselordnung" von Frankfurt a.M. aus dem Jahre 1666 in ihrem § 19: "Weil auch der stylus mercantilis mit sich gebracht, daß falls einer von einem tertio vor seine eigene Rechnung und dann vor andern absonderlich zu fordern hat, der tertius aber keine völlige Zahlung thut, ein jeder, er sei einheimisch oder fremd, zuförderst von demjenigen, was scontriret oder bezahlet worden, sein eigen conto zu saldiren befugt sey: So lassen wir es, wenn die Scontrirung vor Ausbruch eines Falliments bereits geschehen wäre, dabey bewenden." - Ebenso Augsburger Raths-Decret aus dem Jahre 1682; Frankfurter WO von 1717; Wiener WO von 1717; Oesterreichische WO von 1763; Nürnberger WO von 1772 u.a.

357) L. Goldschmidt, Handelsrecht, S. 1004; besonders bemerkenswert ist, daß zunächst nur die an der Skontration Beteiligten zur Kompensation befugt waren und sich d a r a u s ein allgemeines, privilegiertes Deckungsrecht entwickelte.

358) Dieses Retentionsrecht war kein Kompensationsrecht; denn es gewährte Befriedigung nicht mittels Aufrechnung, sondern nur mittels Klage und gerichtlich verordneten Verkaufs, hatte aber doch einzelne Elemente aus dem Kompensationsrecht des Handesverkehrs aufgenommen; vgl. L. Goldschmidt, Handelsrecht, S. 1030.

das Recht der abgesonderten und vorzugsweisen Befriedigung gewährt, während in einem großen Teil Österreichs und Bayerns, in Frankfurt und Hamburg das kaufmännische Dekkungsrecht in weitestem Umfange anerkannt war, es aber im Geltungsbereich des Gemeinen Rechtes "durch eine unklare Theorie und pedantische Praxis"[359] verengt wurde.

Dieses Ergebnis - die Einengung der Kompensationsbefugnis im Geltungsbereich des Gemeinen Rechts - wurde von den Schöpfern der KO mißbilligt;[360] "... ist im Laufe der Zeit die durchaus unrichtige Idee, als ob im Konkurs soweit möglich zu Gunsten der Masse entschieden und das Recht Dritter auf alle Weise beschränkt werden müßte, von einem so bedeutenden Einfluß zunächst auf die Praxis, dann auf die Theorie und die Gesetzgebung geworden, daß schließlich das Bekenntnis zutrifft, 'die ganze Theorie der Kompensation im Konkurs bedürfte unstreitig einer genauen Revision'" - womit a u s d r ü c k l i c h von den letzten dem Handelsbedürfnis nicht mehr gerecht werdenden Entwicklungen Abstand genommen wird und dem Aufrechnungsrecht des Einzelnen w i e d e r der ihm gebührende Platz v o r dem Recht der Allgemeinheit eingeräumt werden soll und wird; daß also im heute geltenden Recht dem Willen der Schöpfer der Konkursordnung zufolge dem an der Skontration Beteiligten wieder die Rechte zustehen, die er schon im 18. und 19. Jahrhundert im Geltungsbereich der genannten österreichischen, bayerischen und anderer Rechte innehatte; also seit dem Inkrafttreten der Konkursordnung wieder zur Kompensation befugt ist.

Die Absicht der KO ist zwar durchaus, vertragsmäßige Einräumungen einer Kompensationsbefugnis entgegen den §§ 48, 49 (des Entwurfs, entsprechend den §§ 55, 56 KO) ohne Ausnahme abzuschneiden.[361] Andererseits muß aber zwischen

---

359) L. Goldschmidt, Handelsrecht, S. 1014.

360) Materialien zur KO, S. 226.

361) Materialien zur KO, S. 228.

R e c h t und A u s ü b u n g getrennt werden und ein gültig erworbenes Kompensationsrecht soll durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben werden, auch wenn vor dieser die Kompensation nicht ausgeübt worden ist und selbst nicht hat ausgeübt werden können;[362] denn es handelt sich hierbei nicht um die vielzitierte[363] Ausplünderung der Massen durch frivole Umtriebe einzelner kolludierender Gläubiger und Schuldner;[364] denn hiermit soll laut den Materialien zur KO verhindert werden, daß jemand n a c h Zahlungseinstellung oder Antrag auf Konkurseröffnung Forderungen zu Kompensationszwecken gegen den Gemeinschuldner erwirbt; die Aufrechnungsbefugnis, die schon v o r diesem Zeitpunkt bestand, soll aber dadurch gerade nicht berührt werden.

Auch Lent[365] stellt fest, daß die Kompensation im Konkurs statthaft ist, auch wenn ein Erfordernis der Aufrechnung, z.B. die Gegenseitigkeit,erst durch Vertrag geschaffen wurde und sofern die Aufrechnung noch im Konkurs erlaubt[366] und für die Masse mit derselben Einbuße verknüpft gewesen wäre, einerlei, ob die Aufrechnung vor oder nach Konkursbeginn vollzogen worden wäre.[367]

---

362) Materialien zur KO, S. 230.

363) In den einschlägigen Kommentaren zu § 55. Es käme wahrlich einer Ausplünderung gleich, könnte auch noch mit n a c h Insolvenz des Schuldners erworbenen Gegenforderungen kompensiert werden.

364) Materialien zur KO, S. 237.

365) Jaeger-Lent, Anm. 2 a.E. zu § 55, Anm. 27 zu § 53.

366) Lent, bei Jaeger-Lent weist bezüglich des Aufrechnungsvertrages hin auf Staudinger-Werner, Vorbem. II Anm. 1 zu § 387 (S. 739 f), wo u.a. die Skontration erwähnt wird.

367) Der § 55 KO steht nicht entgegen, da die Vereinbarung schon v o r der Insolvenz getroffen wurde, vgl. hierzu B. Börner, Aufrechnung, NJW 1961, 1508 und S. 89 f der vorl. Arbeit.

Der BGH[368] stellte zu diesem Fragenkreis in Übereinstimmung mit den Intentionen der Schöpfer der KO fest, daß das Vertrauen auf die Aufrechnungslage zu schützen sei und der Aufrechnungsberechtigte nicht durch nachträgliche Vorgänge, die seiner Einflußmöglichkeit entzogen seien und sich in der Sphäre des Aufrechnungsgegners abspielten, der ursprünglich vorhanden gewesenen Aufrechnungsbefugnis verlustig gehen solle. Konsequenterweise sagt der BGH[369] daher, zwar ohne Begründung, da es auch nicht zu entscheiden war,[370] daß die Konzernunternehmen durch die KVK im Falle der Zahlungseinstellung des Vertragspartners volle Befriedigung durch Aufrechnung erreichten.

c) Ist die KVK nur für den Konkursfall vereinbart und deswegen sittenwidrig?

Nachdem dargelegt wurde, daß beide Varianten der KVK die Kompensation auch noch nach Konkursbeginn gestatten, soll nun letztlich zu der Frage Stellung genommen werden, ob die KVK nur im Hinblick auf den Konkursfall vereinbart wird und daher sittenwidrig ist.

Pfeiffer-Franken[371] und Schütz[372] folgern aus der Tatsache, daß Klagen über die Ausbedingung der KVK bisher nicht bekannt geworden seien, der Hauptzweck der KVK nicht die Erleichterung der Verrechnung sein könne, son-

---

368) BGHZ 2, 300 (305); in dieser Entscheidung kommt ebenso wie bei Lent und auch Börner - wenn auch unausgesprochen - wieder der Gedanke der Trennung von R e c h t und A u s ü b u n g zum Tragen, vgl. S. 114.

369) In BB 1966, 719; allerdings nur in bezug auf die 2. Variante der KVK.

370) Vgl. Fußn. 33 auf S. 9.

371) In NJW 1960, 1979; sie behandeln allerdings nur die 1. Variante der KVK.

372) In DR 1941, 1520; auch diese Ausführungen beziehen sich lediglich auf die 1. Variante der KVK; die Entscheidung des BGH in BB 1966, 719 erging erst nach Abfassung der in Fußn. 371 und 372 erwähnten Artikel.

dern sie nur deswegen vereinbart werde, um dem Konzern anstelle der Konkursquote volle Befriedigung zu gewähren. Aus zwei RG-Entscheidungen,[373] die die Sicherungsabtretung deshalb für nichtig erklärten, da sie n u r für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Zedenten vereinbart waren, folgern sie, daß auch die KVK nichtig sein müsse, da bei der KVK der Fall ähnlich liege. Bei ihr sei zwar an sich die Möglichkeit ihrer Anwendung auch außerhalb des Konkurses gegeben, von dieser Möglichkeit werde aber tatsächlich nur im Konkursfalle Gebrauch gemacht und es könne auch nur in diesem Falle Gebrauch gemacht werden, weil eine Verrechnung der Forderungen und Gegenforderungen eines Konzerns mit einem bestimmten Lieferanten gar nicht durchführbar sei.

Selbst wenn man unterstellt, daß aus der Tatsache, daß bislang keine Klagen über die Ausbedingung der KVK bekanntgeworden seien, sich ergäbe, daß diese nur für den Konkursfall vereinbart sein könne, und auch eine Verrechnung der Forderungen und Gegenforderungen eines Konzerns mit einem bestimmten Lieferanten nicht durchzuführen sei,[374] ist der daraus gezogene Schluß der Sittenwidrigkeit nicht haltbar.

Das RG hatte sich in seiner Entscheidung im 138. Bande mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Schuldner vertraglich gehalten sein konnte, nach Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens dem Gläubiger zur Sicherung seiner Ansprüche die Forderungen aus dem Weiterverkauf der gelieferten Waren abzutreten. Zunächst

---

373) RG JW 1932, 1655 Nr. 9; RG JW 1933, 40 (41) = RGZ 138, 89; ebenso RGZ 92, 105 (109); 142, 139 (141) und drei weitere nicht veröffentlichte Entscheidungen (so RG JW 1932, 1655 unter bezug auf die Entscheidungen des RG vom 12. März 1918, II 528/18; 30. Oktober 1922, IV 454/22 und vom 14. März 1930, VII 394/29).

374) Wäre dies wirklich der Fall, so müßte die Verrechnung auch im Konkursfalle undurchführbar sein.

wird festgestellt,[375] daß diese Verpflichtung jedenfalls dann unwirksam wäre, wenn sie dahin gehen sollte, daß auch noch n a c h Eröffnung des Konkursverfahrens die Abtretung gefordert werden könnte; denn dadurch würde ein der KO unbekanntes Ersatzaussonderungsrecht geschaffen.

Die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, derzufolge die Abtretung der Forderungen nach Zahlungseinstellung, also noch v o r Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgen sollte, schließt das RG aus allgemeinen Gesichtspunkten: zwar bewirke weder die Zahlungseinstellung noch die Stellung des erwähnten Antrages die völlige Aufhebung des Rechts des Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen; aber diese Vorgänge stünden doch in engem Zusammenhang mit dem Konkursverfahren, seien also dessen Vorläufer und besäßen auch gewisse rechtliche Bedeutung, vgl. die §§ 30, 240, 241 KO, 240, 241 HGB,[376] 64 GmbHGes. 99 GenGes. Zudem würde diese Vereinbarung, da sie gegen den Zweck des Konkursverfahrens verstieße, nämlich die Gleichmäßigkeit der Befriedigung der nichtbevorrechtigten Gläubiger, den "Anschauungen ehrenhafter Schuldner"[377] widersprechen und daher sittenwidrig sein.

In derselben Entscheidung sagt aber das RG, daß zwar auch der Eigentumsvorbehalt ebenso wie die sofort an das Entstehen der Forderung gebundene Vorausabtretung der künftigen Konkursmasse Vermögensgegenstände entzöge, diese Rechtshandlungen würden jedoch in der Meinung der Gläubiger anders bewertet, da sie nur aus Vorsicht und zu einer Zeit geschähen, zu der noch mit der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners gerechnet werden konnte. Das RG[378] läßt daher eine bis zum Eintritt bestimmter Umstände - als solcher

---

375) RGZ 138, 92.

376) Entsprechend §§ 92, 93 AktG.

377) RGZ 138, 94.

378) RGZ 138, 91, ferner JW 32, 1655 und RGZ 133, 234 (242); 136, 100 (102).

Umstand wird der Zahlungsverzug genannt - aufschiebend bedingte Sicherungsabtretung als wirksam vereinbart gelten. Das RG stellt also lediglich auf den Zeitpunkt der Bestellung des Sicherungsrechtes ab, mißbilligt aber nicht die F o l g e n der Sicherungsbestellung, die eben darin bestehen, daß diese Sicherheiten[379] ihren Empfängern im Konkurs ein besseres Recht gegenüber anderen Gläubigern gewähren.

Stulz[380] bemerkt daher zurecht, daß die Entscheidung des RG, daß eine für den Insolvenzfall vereinbarte Forderungsabtretung sittenwidrig sei, nur noch historisches Interesse beanspruchen könne, da nach dem Bekanntwerden dieser Entscheidung anzunehmen sei, daß die Lieferungsbedingungen der meisten Verbände und Firmen dieser RG-Rechtsprechung sicherlich angepaßt würden, indem schlechthin die Vorausabtretung der Forderungen vereinbart würde.

Diesen vom RG für die Sicherungsbestellung aufgestellten Kriterien entspricht aber die KVK in vollem Umfange, da sie ganz allgemein die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, bzw. gegen die Schuld eines Dritten, und nicht nur für den Konkursfall, vorsieht. Daß von dieser Möglich-

---

379) Werden an den (späteren) Gemeinschuldner bewegliche Sachen unter Eigentumsvorbehalt geliefert, so gehören sie als Vorbehaltsware im Konkurs des Erwerbers nicht zur Konkursmasse und berechtigen daher zur Aussonderung, es sei denn, der Konkursverwalter tritt nach § 17 KO in den Vertrag ein und zahlt den Restkaufpreis, wodurch der Eigentumsvorbehalt hinfällig wird; vgl. Böhle-Stamschräder, Anm. 3 zu § 43 KO.

Die Sicherungsabtretung hingegen gewährt im Konkurs kein Aussonderungs-, sondern lediglich ein Absonderungsrecht, da es sich hierbei nur um ein Sicherungsrecht handelt; dasselbe gilt auch für die Sicherungsübereignung und die Abtretung zukünftiger Forderungen aus dem Weiterverkauf von Sachen (= verlängerter Eigentumsvorbehalt); vgl. Böhle-Stamschräder, Anm. 9 und 11 zu § 43 KO.

380) JW 1933, 40.

keit, wie Pfeiffer-Franken und Schütz argumentieren, ausschließlich im Konkurse Gebrauch gemacht wird, kann daher, selbst wenn man die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt,[381] ihre Sittenwidrigkeit nicht begründen da das RG in den zitierten Entscheidungen lediglich auf den Z e i t p u n k t der Sicherungsbestellung und nicht die W i r k u n g i m K o n k u r s, und sei dies auch ihr einziger Zweck, abstellt.[382] Denn wollte man dies zum Kriterium der Gültigkeit erheben, müßte man einer ganzen Reihe von Sicherungsinstituten[383] die Wirksamkeit versagen; denn dem Wesen jedweder Sicherung entspricht, daß sie auf die Insolvenz und damit den Konkurs abgestellt ist.[384] Schantz[385] stellt fest, daß, wollte man die Fälle, in denen die Vorbehaltskäufer von ihrem verlängerten Eigentumsvorbehalt Gebrauch machen, unterschiedlich nach Solvenz- und Insolvenzfällen statistisch erfassen, sich - es sei wohl kaum übertrieben - für die Solvenzfälle kein Beispiel fände. Dieses Ergebnis kann auch kaum überraschen, denn selbst ein Pfandrecht wird im allgemeinen nur im Falle

---

381) Obwohl in dem offensichtlich einzigen Fall der KVK, der von den Gerichten zu entscheiden war - BGH in BB 1966, 719 - es sich gerade nicht um die Wirkung der KVK im Konkurse handelte, sondern - vgl. S. 9 der vorl. Arbeit - darum, ob die Aufrechnungserklärung abgegeben wurde.

382) Vgl. hierzu die Materialien zur KO, S. 231: "Wie wesentlich rechnet nicht der Verkehr beim Geben und Nehmen von Krediten auf die später eintretende Kompensation und die darin liegende Deckung."
Vgl. Fußn. 389 S. 122.

383) Vgl. die einleitend genannten Beispiele; allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, daß diese Institute - wie Pfandrecht, Sicherungsübereignung, Forderungsabtretung etc.-durch eine Verfügung entstanden. Sie bieten daher dem Sicherungsnehmer eventuell eine größere Sicherheit als ein lediglich schuldrechtlich wirkender Vertrag wie die KVK, bei dem zum Vollzug noch die verfügende Aufrechnungserklärung treten muß.

384) W. Flume, Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 845.

385) A. Schantz, Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch?, S. 35.

der Insolvenz des Schuldners realisiert, wenn auch der Pfandgläubiger nicht darauf zu warten braucht, daß die Insolvenz seines Schuldners durchexerziert ist.[386)]

Aus dem Dargelegten folgt, daß eine analoge Anwendung der Ansicht des RG, daß eine lediglich im Falle des Zahlungsverzuges erfolgende Forderungsabtretung, nicht dagegen eine bis zu diesem Zeitpunkt aufschiebend bedingte Zession nichtig sei,[387)] sich für die KVK verbietet, da die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten bzw. gegen die Schuld eines Dritten, nicht lediglich für den Insolvenzfall des Lieferanten vereinbart wurde und die konkursrechtlichen Folgen einer solchen Sicherung vom RG und der hM[388)] nicht mißbilligt werden.

---

386) W. Flume, Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 845.

387) Dem RG zustimmend sagt auch W. Flume, Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 845, daß eine Forderung nicht dergestalt abgetreten werden dürfe, daß die Zession sich erst im Falle der Insolvenz oder des Konkurses vollziehen solle. - Der Unterschied zwischen einer solcherart durchgeführten Zession und einer bis zum Falle des Zahlungsverzuges aufschiebend bedingten Zession ist juristisch gesehen so fein und in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis absolut gleichwertig, daß eine Differenzierung in hie Sittenwidrigkeit, hie Gültigkeit nicht gerechtfertigt erscheint, so daß die vom RG vor mehr als 30 Jahren hierüber vertretene Auffassung heute vielleicht nicht mehr geteilt würde; denn es ist ferner denkbar, daß die Auffassungen "ehrenhafter Schuldner" über eine Sicherungsbestellung n u r für den Konkursfall - ebenso wie die Meinung anderer Gläubiger hierüber - sich ebenfalls im Laufe der Zeit gewandelt haben; dies kann aber dahingestellt bleiben.

388) Der Sicherungseigentümer besitzt im Konkurs ein Absonderungsrecht, hM; vgl. Jaeger-Lent, Anm. 13 zu § 48; der Vorbehaltseigentümer - auch beim Kontokorrentvorbehalt - kann aussondern, hM, vgl. Jaeger-Lent, Anm. 37a, c zu § 43.

Schluß

Schon einleitend wurde dargelegt, daß das geltende Recht den Sicherungsinteressen der Wirtschaft und des Handels nicht gerade entgegenkommt, obwohl nicht verkannt werden soll, daß Rechtslehre und Rechtsprechung im Rahmen der durch das Gesetz gesteckten Möglichkeiten versucht haben, sich den Gegebenheiten und Erfordernissen des Wirtschaftslebens anzupassen.

Jedoch ist die Rechtsprechung nicht gewillt, den den Interessen der Material- und Geldkreditgeber offensichtlich am ehesten entsprechenden Weg der Teilung des Sicherungsgutes zu gehen, sondern hält am Prioritätsprinzip fest, und das bedeutet,daß derjenige Sicherungsgeber, der sich "besser" absicherte als ein Konkurrent, im Insolvenzfall des Schuldners vorrangig befriedigt werden kann.

Hierauf basieren nun die verschiedensten Versuche, durch Sicherungsklauseln im Konkurs des Schuldners nicht das Nachsehen zu haben.

Eine diese der vornehmlich der Sicherung dienenden Vereinbarungen ist die in der vorliegenden Arbeit behandelte KVK, die, ebenso wie alle anderen Sicherungsinstitute, vor dem Hintergrund des Interessenstreites der verschiedenen Gläubigergruppen gesehen werden muß.

Sie ist daher genauso wenig sittenwidrig wie die anderen diesbezüglichen Vereinbarungen; sie knebelt die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gläubigers nicht mehr, eher sogar weniger als andere Sicherungsinstitute; denn sie stellt, wie schon auf S. 106 dargelegt, keine Verfügung wie die meisten anderen Sicherungsvereinbarungen dar, sondern lediglich eine schuldrechtliche Abrede, die eine eventuelle Aufrechnung ermöglicht. Im Einzelfalle kann, was nicht bestritten werden soll, natürlich die KVK ebenso wie jeder andere Vertrag nichtig sein.

Im Konkurs behält die KVK, genauso wie andere Sicherungsvereinbarungen, ihre Wirksamkeit und gibt dem Vertragspartner die Möglichkeit, mit der Forderung bzw. gegen die Schuld eines konzernmäßig verbundenen Unternehmens aufzurechnen.[389] Dieses Resultat ergibt sich aus dem Vergleich mit dem Kontokorrent, der konkursrechtlichen Handhabung der Skontration[390] in verschiedensten Wechselordnungen des 18. und 19. Jahrhunderts, den Intentionen der Schöpfer der KO, der KO selbst und auch der Meinung von Lehre und Rechtssprechung. Wegen dieser Kongruenz der rechtlichen Natur bietet sich daher die Bezeichnung "Sicherungsskontration" (oder "Sicherungsgiro") an,[391] da sie augenfällig die rechtliche Natur und den Zweck dieser Vereinbarung wiedergibt. Überdies beseitigt dieser Terminus den Makel der Vereinbarung durch ein "Monopolunternehmen" und der wirtschaftlichen Knebelung, was so leicht mit "Konzern" und "Verrechnungsklausel" assoziiert wird.

Da auch die Abwendbarkeit der Sicherungsskontration nicht ausschließlich auf den Konzern beschränkt ist, sondern als Fall der Skontration von jedermann vereinbart werden kann, wäre dieser Bezeichnung der Vorzug zu geben, weil sie zudem diese Abrede der Forderungsverrechnung auch vom Ausdruck her gesehen dort einreiht, wo sie ihren Platz hat; in der reich gesegneten Zahl der Sicherungsinstitute.

---

389) Nach F. Leonhard, Schuldrecht, S. 612 f und Larenz § 27 III besitzt die Aufrechnung neben der Tilgungserleichterung auch eine Sicherungsfunktion; G. Kegel, Aufrechnung S. 54 sieht darin sogar ihre Hauptbedeutung, weshalb sie sich als Sicherungsvereinbarung, auch in der Form der Skontration, geradezu anbietet.

390) Wie dargelegt - vgl. S. 101 ff - entsprechen beide Varianten der KVK dem schuldrechtlichen Teil der Skontration, also dem "pactum de scontrando", während die Verrechnung der Forderungen durch die nachfolgende Verfügung (im Falle des "pactum de scontrando" ebenfalls Skontration geheißen) bei der KVK keinen speziellen Terminus gefunden hat, also zweckmäßigerweise auch (verfügende) Skontration genannt wird.

391) Skontration bzw. Giro hier im Sinne der lediglich schuldrechtlichen Vereinbarung.

Vorliegende Arbeit möchte ich nicht abschließen, ohne dem Korreferenten, Herrn Professor Dr. Josef Wolany, meinen Dank für kritische und nützliche Hinweise auszusprechen.

Mein besonderer Dank gilt aber meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Wilhelm Wegener, der mir nicht nur jederzeit mit Rat und Tat zur Seite stand, sondern bei mir auch das Interesse für die Rechtsgeschichte weckte.

L e b e n s l a u f

Am 14. Mai 1938 kam ich als Sohn des Bankdirektors Emil Otto Brych und seiner Ehefrau Berta, geb. Kobos, in Karlsbad zur Welt.

Im Herbst 1944 wurde ich in Teplitz-Schönau eingeschult, mußte jedoch im Jahre 1945 Böhmen verlassen und kam dann auf die Volksschulen in Regensburg und Neunburg v.W.

Nach dem Besuch der Oberschulen von Cham/Oberpfalz, Bielefeld und Lübbecke/Westfalen legte ich im Jahre 1958 die Reifeprüfung ab.

Mein Studium führte mich nach Bonn, München und Saarbrücken.

Beide juristische Examina absolvierte ich in München, woselbst ich seit 1968 Leiter der Rechtsabteilung der Bayerischen Landesbausparkasse bin.

München, im Februar 1969

Friedrich Adalbert Brych